Probleme der beruflichen Rehabilitation und Prävention aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht

Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Sozialstaatsprinzips

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von
Axel Bührig
aus Braunschweig

Göttingen 1976

Probleme der beruflichen Rehabilitation und Prävention aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht

Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Sozialstaatsprinzips

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von
Axel Bührig
aus Braunschweig

Göttingen 1976

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter : Professor Dr. Horst Neumann-Duesberg
Mitberichterstatter : Professor Dr. Harald Bogs

Tag der mündlichen Prüfung : 2. Juli 1976

M e i n e n E l t e r n

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534920_0001

G l i e d e r u n g

Einleitung 1

I Ausgangspunkte der Arbeit

1. Gesetzliche Entwicklung des Rehabilitationsrechts und aktuelle materiell-rechtliche Verbindung von Arbeits- und Sozialrecht 1

2. Aktuelle gesetzgeberische Projekte im Arbeits- und Sozialrecht und deren verfassungsrechtliche Verbindung 2

a) Arbeitsgesetzbuch (Arbeitsvertragsgesetz) 2

b) Sozialgesetzbuch - Allgemeiner Teil 3

c) Verfassungsrechtliche Verbindung der gesetzgeberischen Projekte 4

II Zielsetzungen der Arbeit 6

Erster Teil Begriffliche Grundlegung und rechtliche Ausgestaltung der Rehabilitation und Prävention im Arbeits- und Sozialrecht 9

1. Kapitel Rehabilitation und Prävention als komplexe begriffliche Umschreibung geschlossener Prozeßverläufe 9

I Allgemeine Überlegungen 9

II Begriffliche Grundlegung 10

1. Rehabilitation 10

2. Medizinische Rehabilitation 12

3. Berufliche Rehabilitation 12

4. Soziale Rehabilitation 13

III Verknüpfung der verschiedenen Phasen der Rehabilitation ("umfassende Rehabilitation") 15

IV Prävention 16

V Verknüpfung von Rehabilitation und Prävention 17

VI Ergebnis 19

2. Kapitel Die bedeutsamsten gesetzlichen Regelungen der Rehabilitation und Prävention ("Ist-Zustand") 21

I Rehabilitation 22

1. Allgemeine Überlegungen 22

2. Medizinische Rehabilitation 25

3. Berufliche Rehabilitation 26

4. Soziale Rehabilitation 28

II Prävention 31

1. Medizinische Prävention 31

2. Berufliche Prävention 32

3. Soziale Prävention 33

III Zusammenfassung 34

IV Ergänzende Anmerkungen 35

1. Keine absolute Angleichung der Rehabilitationsleistungen innerhalb der Sozialleistungsbereiche 35

2. Fehlen der institutionellen Sicherung der Rehabilitation 36

3. Fehlen einer Definition von "Behinderung" bzw. "drohende Behinderung" 37

3. Kapitel Aktuelle materiell-rechtliche und verfassungsrechtliche Verbindung von Arbeits- und Sozialrecht (Rehabilitationsrecht) 38

I Verklammerung von Sozialrecht und Arbeitsrecht 38

II Im besonderen: Verklammerung von Arbeitsrecht und Verfassungsrecht 40

1. Arbeitsrecht und Grundrechte 40

a) Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht (Arbeitsrecht) 43

b) Unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte 51

c) Der Gesichtspunkt der "sozialen Gewalt" als Kriterium für eine Grundrechtsdrittwirkung; allgemein: als auslösender Faktor für den Bedeutungswandel der Grundrechte in ihrer Schutzrichtung 54

d) Zwischenergebnis 60

e) Stellungnahme zum Gesichtspunkt der "sozialen Gewalt" und deren Einfluß auf die Privatautonomie 61

2. Die sozialstaatliche Interpretation der Grundrechte als Faktor für den Bedeutungswandel der Grundrechte in ihrer materiell-rechtlichen, inhaltlichen Wirkungsweise und Geltung insbesondere im Arbeitsrecht 66

a) Sozialstaatlich interpretierte Grundrechte im Verhältnis zwischen Staat und Bürger 68

b) Sozialstaatlich interpretierte Grundrechte im Verhältnis zwischen Bürgern als Teilnehmer am Privatrechtsverkehr 73

c) Zusammenfassung 75

aa) Die Grundrechtsinterpretation und deren Relation zu den sozialen Gegebenheiten (Wirkungsinhalt) 75

bb) Wirkungsrichtung der sozialstaatlich interpretierten Grundrechte 77

cc) Der in dieser Arbeit weiter einzuschlagende Prüfungsweg 77

Zweiter Teil Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz der medizinisch rehabilitierten und der noch behinderten Stellenbewerber 78

Vorbemerkung 78

1. Kapitel Formallogische Struktur und materiell-rechtlicher Gehalt des Sozialstaatsprinzips in Literatur und Rechtsprechung 79

I Ausgangspunkt 79

II Formallogische Struktur des Sozialstaatsprinzips 82

1. Meinungen, die die Normqualität des Sozialstaatsprinzips ablehnen 82

2. Meinungen, die die Normqualität des Sozialstaatsprinzips bejahen 88

3. Ergebnis 94

III Materiell-rechtlicher Gehalt des Sozialstaatsprinzips 95

1. Sozialstaat als Garant der sozialen Integration 95

2. Sozialstaat als Beschützer der Personalität des einzelnen 100

3. Wege der Sozialgestaltung 103

4. Zusammenfassung 104

2. Kapitel Auslegung des Sozialstaatsprinzips als ein der konkreten Ausgestaltung in hohem Maße fähiges und bedürftiges Prinzip im Hinblick auf die berufliche Rehabilitation 107

I Der Gesetzgeber als der in erster Linie in Betracht kommende Normadressat der Sozialgestaltungspflicht 107

II Maßstäbe für den Inhalt der Sozialgestaltungspflicht insbesondere des Gesetzgebers an Hand der Entstehungsgeschichte des Sozialstaatsprinzips 108

III Maßstäbe für den Inhalt der Sozialgestaltungspflicht auf Grund der aktuellen Situation des Parlamentarischen Rates 110

1. In die Zukunft gerichteter Sozialgestaltungsauftrag 110

2. Bewußte Offenhaltung des Sozialstaatsmodells 111

3. Die Kompromißsituation im Parlamentarischen Rat 115

4. Sozialgestaltungsauftrag und Demokratieprinzip 117

5. Die Pflicht insbesondere des Gesetzgebers, seine sozialphilosophisch bedingten Ordnungsvorstellungen zu verwirklichen 120

6. Ergebnis 126

IV Auswirkung auf den Persönlichkeitsschutz der medizinisch rehabilitierten und der noch behinderten Stellenbewerber 129

1. Die philosophischen Grundlagen sozialpolitischer Zielsetzungen der SPD und FDP 129

2. Sozialpolitische Zielsetzung der SPD und FDP in der Funktion einer Konkretisierung des Sozialgestaltungsauftrags 133

3. Exkurs 135

4. Ergebnis 138

Dritter Teil Arbeitsplatzsicherung zugunsten der medizinisch rehabilitierten und der noch behinderten Stellenbewerber ("Prinzip der Chancenerhöhung") 139

Vorbemerkung 139

1. Kapitel Gesetzliche Beschränkung der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber zugunsten der medizinisch Rehabilitierten und der noch Behinderten 140

I RehaAnglG, RVO, AVG, BVG, RKnG, AFG, BetrVG 140

II Schwerbehindertengesetz 142

1. Einstellungsgebot gem. § 4 SchwbG 142

a) Allgemeines 142

b) § 4 SchwbG als öffentlich-rechtliches Einstellungsgebot 144

2. Zur Abgrenzung: Pflicht der Arbeitgeber zur tatsächlichen Beschäftigung der Schwerbehinderten gem. § 11 SchwbG 144

3. Zum Vergleich: Zwangseinstellungsverfahren gem. § 10 SchwerbeschG 145

4. Wiedereinstellungspflicht der Arbeitgeber gem. § 18 VII SchwbG 147

III Ergebnis 150

IV Fortsetzung des Prüfungsweges 150

2. Kapitel Zulässigkeit einer Modifizierung der zivilrechtlichen Abschlußfreiheit der Arbeitgeber im Arbeitsrecht 158

I Allgemeine Zulässigkeit einer Modifizierung der zivilrechtlichen Abschlußfreiheit 158

1. These von der Eigenständigkeit des Arbeitsrechts 158

2. Ansichten zur These von der Eigenständigkeit des Arbeitsrechts 159

a) Schnorr von Carolsfeld 159

b) Gamillscheg; BVerfG 161

c) Mayer-Maly 163

d) Richardi 165

3. Ergebnis 167

II Besondere Zulässigkeit einer Modifizierung der zivilrechtlichen Abschlußfreiheit der Arbeitgeber im Arbeitsrecht zugunsten der medizinisch Rehabilitierten und der noch Behinderten 169

1. Ausgangspunkt: Verbindlichkeit privat- bzw. bürgerlich-rechtlicher Grundsätze im Arbeitsrecht 169

2. Bereits anerkannte Einschränkungen der Abschlußfreiheit im Privatrecht 171

a) Einschränkung der Abschlußfreiheit im bürgerlichen Recht 171

aa) Verfassungsrechtliche Erwägungen 171

bb) Beispiele für die im bürgerlichen Recht eingeschränkte Abschlußfreiheit 174

b) Gesetzlich geregelte Einschränkungen der Abschlußfreiheit im Privatrecht 175

3. Tatsächliche Einschränkungen der Abschlußfreiheit im Arbeitsrecht 176

a) Ketten(Zeit-)arbeitsverträge und Einschränkung der Abschlußfreiheit 176

b) Wiedereinstellungsgebot nach Kündigung wegen Verdachts einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen schweren arbeitsvertraglichen Verfehlung und Einschränkung der Abschlußfreiheit 185

c) Einstellungsfragen (-fragebögen) und Einschränkung der Abschlußfreiheit 187

aa) Umfang des Fragerechts der Arbeitgeber 188

bb) Beschränkung der Abschlußfreiheit auf Grund des beschränkten Anfechtungsrechts 191

d) Mitbestimmung des Betriebsrats in allgemeinen personellen Angelegenheiten (§§ 92 - 95 BetrVG, bes. II 94, 95) nach dem Betriebsverfassungsgesetz und Einschränkung der Abschlußfreiheit 194

aa) § 94 BetrVG 195

bb) § 95 BetrVG 196

e) Schutz Auszubildender gem. § 78 a BetrVG und Einschränkung der Abschlußfreiheit 197

f) Wiedereinstellungspflicht der Arbeitgeber im Arbeitskampfrecht und Einschränkung der Abschlußfreiheit 201

4. Ergebnis 205

5. Im Schrifttum vertretene Ansichten zur Einschränkung der Abschlußfreiheit im Arbeitsrecht; Notwendigkeit einer begrifflichen Abgrenzung 208

a) Privatrechtliche Beiträge: "Recht auf Beschäftigung", "subjektives Recht am Arbeitsplatz", "besonderes Persönlichkeitsrecht auf Arbeit" 209

aa) Recht auf Beschäftigung 209

bb) Subjektives Recht am Arbeitsplatz 209

cc) Besonderes Persönlichkeitsrecht auf Arbeit 212

dd) Ergebnis 217

b) Verfassungsrechtliche Beiträge: "Recht auf Arbeit" mit den Untergruppen "Recht am eigenen Arbeitsplatz", "Recht auf einen Arbeitsplatz", "Recht am Arbeitsplatz" 217

aa) Recht auf Arbeit als subjektives öffentliches Recht 218

bb) Recht auf Arbeit als unvollkommene verfassungsrechtliche Rechtsposition 221

cc) Beiträge mit verfassungsrechtlichen Ausgangspunkten und Erwägungen für eine privatrechtliche Einschränkung der Abschlußfreiheit 226

dd) Ergebnis 244

6. Begründung der besonderen Zulässigkeit einer Modifizierung der zivilrechtlichen Abschlußfreiheit der Arbeitgeber im Arbeitsrecht zugunsten der medizinisch Rehabilitierten und der noch Behinderten 246

a) Das aus dem Sozialstaatssatz abgeleitete Prinzip der Sozialpflichtigkeit bzw. Sozialverantwortung aller Teilnehmer am privaten Rechtsverkehr untereinander als Folge der privatrechtsgerichteten Wirkungskraft der sozialstaatlich interpretierten Grundrechte gem. Art. 2 I, 1 I GG 246

b) "Solidarität" als Ausdruck des Prinzips der Sozialpflichtigkeit bzw. Sozialverantwortung 251

c) Rechtliche Verbindlichkeit des Solidaritätsgedankens 254

d) Zwischenergebnis 258

e) Die für eine besondere Modifizierung der Abschlußfreiheit wesentlichen Gesichtspunkte 259

aa) Drittwirkung des sozialstaatlich interpretierten Grundrechts gem. Art. 2 I GG 259

bb) Existenz von sozialer Macht der bei der Stellensuche in Aussicht genommenen Arbeitgeber im konkreten Einzelfall 260

cc) Tendenz im Arbeitsrecht, die Abschlußfreiheit der Arbeitgeber zu modifizieren 262

f) Die sich gegenüberstehenden Interessen der Arbeitgeber und Stellenbewerber und die Lösung dieses Interessenkonflikts im Rahmen der Güterabwägung 262

g) Ergebnis und Überlegungen zur Praxis 267

Vierter Teil Arbeitssicherheit zugunsten der rehabilitierten und der noch behinderten Arbeitnehmer 272

1. Kapitel Die Grundlagen der Prävention

I Ranggleichheit von beruflicher Rehabilitation und Prävention 272

II Prävention und Arbeitssicherheit 273

1. Prävention und Humanisierung der Arbeitswelt im allgemeinen 273

2. Prävention und Humanisierung der Arbeitswelt insbesondere zugunsten der behinderten Arbeitnehmer 275

III Verfassungsrechtliche Rangstelle der Prävention im umfassenden Sinne und deren funktionale Bedeutung für den relativen Kontrahierungszwang 276

2. Kapitel Die Verwirklichung der Prävention durch das "Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit" 277

I Leitgedanken des ArbSichG 277

II Die herausragende Bedeutung der Betriebsärzte und technischen Fachkräfte für die Verwirklichung der Prävention 280

III Der nicht verwirklichte Wille des Gesetzgebers zur Verankerung eines Initiativrechts des Betriebsrats, gerichtet auf die Abberufung von Betriebsärzten und technischen Fachkräften für Arbeitssicherheit 285

IV Stärkung der Rechtsposition des Betriebsrats durch Konstruktion eines dem Willen des Gesetzgebers entsprechenden Initiativrechts 288

1. Die Ausgangspunkte 288

2. Konstruktion des Initiativrechts zur Bestellung und Abberufung 289

3. Sicherung des Initiativrechts zur Abberufung von Betriebsärzten und Fachkräften für Arbeitssicherheit 290

Literaturverzeichnis

Abendroth, Wolfgang	Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland. In "Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit", Aufsätze und Essays; Reihe: Wege der Forschung Bd.CXVIII, hrsg. von Ernst Forsthoff, Darmstadt 1968, S. 114 ff. Zit.: "Begriff"
Abendroth, Wolfgang	Aussprache zu "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates". VVDStRL 12 (1954), S. 85 - 92
Abendroth, Wolfgang	"Das Grundgesetz". In Politik in unserer Zeit, Bd. 3, Pfullingen 1975
Adomeit, Klaus	s. Hanau, Peter
Auerbach, Walter	Klärung um den sozialen Rechtsstaat. In "Sozialpolitik" - Ziele und Wege. Hrsg. von Christmann, Jahn, Hasselbach, Mommsen, Köln 1974, S. 271 ff. Zit.: "Sozialer Rechtsstaat"
Auffarth, Fritz	s. Fitting/Auffarth/Kaiser
Bachof, Otto	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates - Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht. In "Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit" (wie Abendroth), S. 201 ff. Zit.: "Sozialer Rechtsstaat"
Bachof, Otto	Aussprache zu "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates". In VVDStRL 12 (1954), S. 121 - 124
Badura, Peter	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat. In AöR 92 (1967), S. 382 ff.
Badura, Peter	Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland. In Der Staat 1975, S. 17 ff.
Badura, Peter	Grundfreiheiten der Arbeit. Zur Frage einer Kodifikation "sozialer Grundrechte". In Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag, München 1973, S. 11 ff.
Ballerstedt, Kurt	Wirtschaftsverfassungsrecht. In Die Grundrechte. Hrsg. von Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Bd. III/1, S. 1 ff.; Berlin 1958

Becker, Josef	Schwerbeschädigtengesetz. Kommentar. Berlin/Frankfurt am Main 1962
Becker, Wolfgang	Berufliche Rehabilitation - Aufgabe und Herausforderung. In Sozialer Fortschritt 1973, 222 ff.
Benda, Ernst	Industrielle Herrschaft und sozialer Staat. Göttingen 1966
Bernhardt, Rudolf	Der behinderte Mensch und das Verfassungsrecht. In Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge (NDV) 1967, S. 290 ff.
Bialonski, H.	Das Rehabilitationswesen im In- und Ausland. In "Extreme Lebensverhältnisse und ihre Folgen" - Bericht über den 4. Ärztekongreß für Pathologie, Therapie und Begutachtung der Heimkehrerkrankheiten in Düsseldorf; Bd. VIII (1959) der Schriftenreihe des ärztlich-wissenschaftlichen Beirates des Verbandes der Heimkehrer Deutschlands e.V., Köln 1960, S. 124 ff. Zit.: "Rehabilitationswesen"
Bialonski, H.	Rehabilitation als Beitrag zur sozialen Sicherung. In "Rehabilitation" - Schriftenreihe der Medizinisch-Pharmazeutischen Studiengesellschaft e.V., Bd. 2/3 - Frankfurt am Main 1965, S. 1 ff. Zit.: "Rehabilitation"
Bleistein, F.-J.	Die Pflichten des Arbeitgebers nach dem Schwerbehindertengesetz. In DB 1974, S. 1480 ff.
Bley, Helmar	Das Recht der Sozialleistungsverwaltung als Teil des Systems öffentlich-rechtlicher Kompensationsleistungen. In SGb 1973, S. 479 ff.
Böckenförde, Ernst-Wolfgang	Entstehung und Wandlung des Rechtsstaatsprinzips. In Festschrift für Adolf Arndt, Frankfurt am Main 1969, S. 54 ff. Zit.: "Rechtsstaatsprinzip"
Böckenförde, Ernst-Wolfgang	Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation. In NJW 1974, S. 1529 ff.
Bogs, Harald	"Die Sozialversicherung im Staat der Gegenwart" - Öffentlich-rechtliche Untersuchungen über die Stellung der Sozialversicherung im Verbändestaat und im Versicherungswesen - Heft 75 der Veröffentlichungen des Deutschen Vereins für Versicherungswissenschaft, Berlin 1973 Zit.: "Sozialversicherung"

Bogs, Walter	Der soziale Rechtsstaat im deutschen Verfassungsrecht. In ZSR 1964, S. 1 ff.
Bogs, Walter	Das Problem der Freiheit im sozialen Rechtsstaat. In "Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit" (wie Abendroth), S. 508 ff. Zit.: "Freiheit"
Bogs, Walter	Die Einwirkung verfassungsrechtlicher Normen auf das Recht der sozialen Sicherheit. In "Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages", Bd. II, S. G 5 ff., München 1960. Zit.: "Verhandlungen"
Boll, W.	Wandel in Methodik und Ziel der beruflichen Rehabilitation. In Bericht über den Rehabilitationskongreß Heidelberg 1968, Stuttgart 1969, S. 91 ff. Zit.: "Wandel"
Boll, W.	Die umfassende Rehabilitation in der modernen Industriegesellschaft. In Rehabilitation - Kongreßbericht Kassel 1971, Stuttgart 1972, S. 8 ff. Zit.: "Rehabilitation"
Bonner Kommentar	Kommentar zum Bonner Grundgesetz. Stand Januar 1974. Hamburg 1974. (Zit. mit den Namen der jeweiligen Bearbeiter)
Brunner, Georg	Die Problematik der sozialen Grundrechte. In Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 404/405, Tübingen 1971.
Bull, Hans Peter	Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz. Frankfurt am Main 1973.
CDU, die	Geschichte, Idee, Programm, Statut. Hrsg. von der Bundesgeschäftsstelle der CDU, Bonn 1961 (2. Aufl.). Zit.: "Die CDU"
Cordes, Cord	Solidaritätsprinzip. In Evangelisches Staatslexikon, Spalten 1973 - 1975, Berlin 1966
Cramer, Horst H.	s. Jung, Karl/Cramer, Horst H.
Däubler, Wolfgang	Das Grundrecht auf Mitbestimmung. Frankfurt am Main 1973
Daum, Werner	Soziale Grundrechte. In RdA 1968, S. 81 ff.
Denninger, Erhard	Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt. In JZ 1966, S. 767 ff.

Dietz, Rolf/Richardi, Reinhard	Betriebsverfassungsgesetz. Kommentar. München 1973
Dirschmied, Karl	Das soziale Grundrecht "Recht auf Arbeit". In AuR 1972, S. 257 ff.
Doetsch, Werner/Schnabel, Fritz	Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit. Kommentar. Bergisch-Gladbach 1974
Dürig, Günter	Zum "Lüth-Urteil" des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.1958. In DÖV 1958, S. 194 ff.
Dürig, Günter	s. Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz
Enneccerus, Ludwig	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 2, 15. Aufl. 1960, bearb. von Hans Carl Nipperdey
Erman	BGB Kommentar. 5. Aufl. Münster/Westf. 1972. (Zit. mit den Namen der jeweiligen Bearbeiter)
Esser, Josef	Schuldrecht. Bd. I - Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Karlsruhe 1970.
	Bd. II - Besonderer Teil, 4. Aufl. Karlsruhe 1971.
Etmer, F.	Die wichtigsten Rechtsgrundlagen der Rehabilitation in den Sozialgesetzen. In "Rehabilitation" (wie Bialonski), S. 259 ff.
Fabricius, Fritz	Kollision von Beschäftigungspflichten aus Doppelarbeitsverhältnissen. In ZfA 1972, S. 35 ff.
Farthmann, Friedhelm	Anfechtung des Arbeitsvertrags (BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB). In JuS 1964, S. 141 ff.
FDP - "Freiburger Thesen"	Gesellschaftstheoretische Grundlegung zur Gesellschaftspolitik der FDP, beschlossen im Herbst 1971 in Freiburg i.B. Reinbek bei Hamburg 1972 (rororo - aktuell Bd. 1545)
Fechner, Erich	Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat. In "Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit" (wie Abendroth), S. 73 ff. Zit.: "Freiheit"
Fechner, Erich	Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht. In RdA 1955, S. 161 ff.
Fenge, Harald	Kausal- und Finalprinzip im Recht der sozialen Sicherheit. In BABl. 1970, S. 652 ff.

Fikentscher, Wolfgang	Schuldrecht. 4. Aufl. Berlin, New York 1973.
Fitting, Karl/Auffarth, Fritz/Kaiser, Heinz	Betriebsverfassungsgesetz. Handkommentar. 11. Aufl., München 1974
Flume, Werner	Das Rechtsgeschäft. In Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Allgemeiner Teil des BGB, 2. Aufl. Berlin, New York 1975. Zit.: "Rechtsgeschäft"
Flume, Werner	Rechtsgeschäft und Privatautonomie. In Hundert Jahre deutsches Rechtsleben - Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1960, Bd. 1 Karlsruhe 1960, S. 135 ff. Zit.: "Rechtsgeschäft und Privatautonomie"
Forsthoff, Ernst	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats. In "Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit" (wie Abendroth), S. 165 ff. Zit.: "Begriff"
Forsthoff, Ernst	Verfassungsprobleme des Sozialstaats. In "Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit" (wie Abendroth), S. 145 ff. Zit.: "Verfassungsprobleme"
Forsthoff, Ernst	Die Umbildung des Verfassungsgesetzes. In Festschrift für Carl Schmitt 1959, S. 35 - 62
Forsthoff, Ernst	Zur Problematik der Verfassungsauslegung. Stuttgart 1961. Zit.: "Problematik"
Frey, Erich	Verdacht als Kündigungsgrund. In Quelle 1955, S. 476
Frey, Erich	Verdacht als Kündigungsgrund. In Quelle 1954, S. 452 f.
Frey, Erich	Zur Idee und Funktion des sozialen Rechtsstaates im Arbeitsrecht. In AuR 1961, S. 298 ff.
Frey, Erich	Die Bedeutung des sozialen Rechtsstaates für den Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsrecht. In AuR 1961, S. 368 ff.
Friauf, Karl Heinrich	Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat. In DVBl. 1971, S. 674 ff.
Gamillscheg, Franz	Mutterschutz und Sozialstaat. In Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag, München/Berlin 1962, S. 57 ff.

Gamillscheg, Franz	Die Grundrechte im Arbeitsrecht. In AcP Bd. 164 (1964), S. 385 ff.
Gamillscheg, Franz	Gedanken zur Rechtsfindung im Arbeitsrecht - dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. In Festschrift für Hans Schmitz zum 70. Geburtstag, Bd. I, S. 68 ff. Wien, München 1967
Gamillscheg, Franz	Die Solidarität als Rechtsbegriff. In Festschrift für Erich Fechner, Tübingen 1973, S. 135 ff.
Gamillscheg, Franz	Der Abschluß des Arbeitsvertrages im neuen Arbeitsvertragsgesetz. In "Im Dienst an Recht und Staat" - Festschrift für Werner Weber, Berlin 1974, S. 793 ff.
Gelder, van, Alfons	s. Wolf, Ernst
Gerber, Hans	Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes. In "Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit" (wie Abendroth), S. 340 ff.
Giese, Herbert/Ibels, Hans/Rehkopf, Helmut	Kommentar zum Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit. Heidelberg 1974
Gläser, Rudolf	Der Einfluß der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 GG) und der Meinungsfreiheit (Art. 5 GG) auf das Arbeitsverhältnis. Diss. Göttingen 1972
Grewe, Walter	Das bundesstaatliche System des GG. In DRZ 1949, S. 349 ff.
Graeff, Günter	Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit. Kommentar. Köln 1974
Grupp, Rudolf	Bilanz der Planungen (Rehabilitationseinrichtungen). In BABl. 1975, S. 339 ff.
Gundlach, Gustav	Solidarismus. In Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 9, Göttingen 1956
Gundlach S.J., Gustav	Solidaritätsprinzip. In Staatslexikon Bd. 7, Spalten 119 - 122. Freiburg 1962
Häberle, Peter	Grundrechte im Leistungsstaat. In VVDStRL Bd. 30/1972, S. 43 - 141
Hagenkötter, Manfred	Sicherheit am Arbeitsplatz. In "Sozialpolitik" - Ziele und Wege, Köln 1974, S. 203 ff.

Hamann-Lenz	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949. 3. Aufl. Neuwied/Berlin 1970
Hambusch, Lutz	Die Problematik des Rechts auf Arbeit. In AuR 1972, S. 268 ff.
Hamel, Walter	Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat - Eine Kritik an Gesetzgebung und Rechtsprechung - Berlin 1957
Hampel, Gustav	Einige Anmerkungen über die Zusammenhänge von Sozialplanung, Sozialpolitik und Sozialarbeit. In ZSR 1968, S. 522 ff.
Hanau, Peter/Adomeit, Klaus	Arbeitsrecht. 3. Aufl. Frankfurt am Main 1974
Hartwich, Hans-Hermann	Gesellschaftspolitische Alternativen im Begriff des sozialen Rechtsstaates. In Gegenwartskunde 1970, S. 109 ff.
Hartwich, Hans-Hermann	Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo. Köln und Opladen 1970
Hauck, Karl	Stand der Gesetzgebungsarbeit und der öffentlichen Diskussion zum Sozialgesetzbuch. In BABl. 1974, S. 71 ff.
Hecklinger, Roland	Die normative Kraft der grundgesetzlichen Sozialstaatsklausel in ihrer Bedeutung für das moderne Arbeitsrecht. Diss. Freiburg i.B. 1960
Herschel, Wilhelm	Arbeitsrecht. In "Sozialpolitik" - Ziele und Wege. Köln 1974, S. 121 ff. Zit.: "Sozialpolitik"
Herschel, Wilhelm	Das Arbeitsrecht. In Die Grundrechte, hrsg. von Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Bd. III/1, S. 325 ff. Zit.: "Arbeitsrecht"
Herschel, Wilhelm	Die Betriebszugehörigkeit als geschütztes Rechtsgut. In RdA 1960, S. 121 ff.
Herschel, Wilhelm	Schutz der Betriebszugehörigkeit im Wandel der Zeiten. In DB 1973, S. 80 ff.
Herzog, Roman	Allgemeine Staatslehre. Frankfurt am Main 1971. Zit.: "Allgemeine Staatslehre"
Herzog, Roman	Das Sozialstaatsprinzip als Regulativ im Recht der sozialen Sicherheit. In "Freiheit und Bindung im Recht der sozialen Sicherheit" - Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. IX, Bonn-Bad Godesberg 1972, S. 32 - 43. Zit.: "Sozialstaatsprinzip"

Hesse, Konrad	Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes. In "Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit" (wie Abendroth), S. 557 ff. Zit.: "Rechtsstaat"
Hesse, Konrad	Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 8. Aufl., Karlsruhe 1975. Zit.: "Grundzüge"
Hofmann, Paul	Zur Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers. In ZfA 1975, S. 1 ff.
Huber, Ernst-Rudolf	Wirtschaftsverwaltungsrecht. 2. Aufl., Erster Band, Tübingen 1953. Zit.: "Wirtschaftsverwaltungsrecht"
Huber, Ernst-Rudolf	Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht. DÖV 1956, S. 97 ff., 135 ff., 172 ff., 200 ff.
Huber, Ernst-Rudolf	Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft. In "Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit" (wie Abendroth), S. 589 ff.
Huber, Hans	Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen. In "Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit" (wie Abendroth), S. 259 ff.
Hubmann, Heinrich	Das Persönlichkeitsrecht. 2. Aufl. Köln 1967
Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl	Lehrbuch des Arbeitsrechts. Erster Band 7. Aufl., Berlin/Frankfurt am Main 1963
Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl	Lehrbuch des Arbeitsrechts. Zweiter Band Erster Halbband "Kollektives Arbeitsrecht". 7. Aufl., Berlin/Frankfurt am Main 1967
Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl	Lehrbuch des Arbeitsrechts. Zweiter Band Zweiter Halbband "Kollektives Arbeitsrecht". 7. Aufl., Berlin/Frankfurt am Main 1970
Hueck, Alfred/Hueck, Götz	Kündigungsschutzgesetz. Kommentar. 9. Aufl. München 1974
Hueck, Alfred	Anmerkungen zu BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB zu BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB "Fürsorgepflicht"
Hueck, Götz	s. Hueck, Alfred (Kündigungsschutzgesetz)
Hüttig, Klaus	Die Rechtsstellung des Betriebsrats nach dem Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit. In DB 1975, S. 594 ff.

Ibels, Hans	s. Giese, Herbert
Ipsen, Hans Peter	Über das Grundgesetz. In "Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit" (wie Abendroth), S. 16 ff.
Isensee, Josef	Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. In Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 80. Berlin 1968
Jantz, Kurt	Probleme der sozialen Sicherheit in klassischer und moderner Sicht. In Sozialstaatsprinzip und soziale Sicherheit; Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd. 10, Stuttgart 1960, S. 32 ff.
Joachim, Hans G.	Zur Problematik der Verdachtskündigung. In AuR 1964, S. 33 ff.
Jochheim, K. A.	Rehabilitation im Krankenhaus. In Rehabilitationskongreß Heidelberg (s. Boll), S. 709 ff.
Jung, Karl/Cramer, Horst H.	Das neue Schwerbehindertengesetz. München 1974
Jung, Karl	Von der Kausalität zur Finalität. In RdA 1974, S. 161 ff.
Kaiser, Heinz	s. Fitting/Auffarth/Kaiser
Klein, Friedrich	s. v. Mangold/Klein, Das Bonner Grundgesetz
Klein, Hans Hugo	Die Grundrechte im demokratischen Staat. In Reihe "res publica" - Beiträge zum öffentlichen Recht Bd. 26. Stuttgart 1972. Zit.: "Grundrechte"
Klein, Hans Hugo	Ein Grundrecht auf saubere Umwelt? In Festschrift für Werner Weber (s. Gamillscheg), S. 643 ff.
Konstanty, Reinhold/ Schmidt, Alfred	Das Leistungsrecht im Rehabilitationsangleichungsgesetz. In Soziale Sicherheit 1975, S. 6 ff., 34 ff.
Krebs, Heinrich	Das Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit. In ZfS 1974, S. 1 ff.
Krebs, Heinrich	Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit. Kommentar. Stand Dezember 1975, Percha/Starnberger See 1975
Küchenhoff, Günther	s. Erman, BGB Kommentar
Küchenhoff, Günther	Einwirkungen des Verfassungsrechts auf das Arbeitsrecht. In Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. II, München 1965, S. 317 ff.

Küchenhoff, Günther	Anmerkung zu BAG AP Nr. 10 zu § 670 BGB.
Lange, Klaus	Verkehr und öffentliches Recht. In Reihe: Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Bd. 90. Göttingen 1974
Larenz, Karl	Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. München 1975 Zit.: Lb. "AT"
Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 1975
Larenz, Karl	Anmerkungen zu BAG AP Nr. 15 zu § 123 BGB zu BAG AP Nr. 3, 4 zu § 611 BGB "Fürsorgepflicht" zu BGH AP Nr. 2 zu Art. 5 I GG
Leipold, Dieter	Rezension zu "Migsch, Erwin: Die absolut geschützte Rechtsstellung des Arbeitnehmers". In RdA 1974, S. 120 ff.
Leipold, Dieter	Einstellungsfragebögen und das Recht auf Arbeit. In AuR 1971, S. 161 ff.
Leisner, Walter	Grundrechte und Privatrecht. In Münchener öffentlich-rechtliche Abhandlungen, 1960
Lieb, Manfred	Rechtsformzwang und Rechtsformverfehlung im Arbeitsrecht. In RdA 1975, S. 49 ff.
Löwisch, Manfred	Schutz und Förderung der freien Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer (§ 75 Abs. 2 BetrVG 1972). In AuR 1972, S. 359 ff.
Mangoldt, v., Hermann	Die Grundrechte. In Parlamentarischer Rat, Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. Zit.: "Bericht"
Mangoldt, v., Hermann	Das Bonner Grundgesetz. Kommentar. Berlin, Frankfurt am Main 1953. Zit.: "GG 1953"
Mangoldt, v./Klein	Das Bonner Grundgesetz. Kommentar. Bd. I, 2. Aufl., Berlin, Frankfurt am Main 1966
Martens, Wolfgang	Grundrechte im Leistungsstaat. In VVDStRL Bd. 30/1972, S. 7 ff.
Materialien zum Bericht zur Lage der Nation 1974	Unterrichtung durch die Bundesregierung. BT-Drucks. 7/2423 vom 29.7.1974

Maunz, Dürig, Herzog	Grundgesetz. Kommentar. Bd. I, Art. 1 - 37; Stand Dezember 1973. München 1973
Maydell, v., Bernd	Auf dem Wege zu einem besseren Sozialrecht - Zum Entwurf des Allgemeinen Teils des Sozialgesetzbuches - In ZRP 1973, S. 115 ff.
Mayer-Maly, Theo	Grundsätzliches zur kodifikatorischen Ordnung des deutschen Arbeitsrechts. In RdA 1964, S. 1 ff.
Mayer-Maly, Theo	Arbeitsrecht und Privatrechtsordnung. In JZ 1961, S. 205 ff.
Menger, Christian-Friedrich	Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz. In "Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit" (wie Abendroth), S. 42 ff.
Merten, Detlef	Auskunftsanspruch und Auskunftsbescheid im Sozialrecht. In Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Bd. I Heft 1 1973, S. 66 ff.
Migsch, Erwin	Die absolut geschützte Rechtsstellung des Arbeitnehmers. In Reihe Rechtsfragen, Schriftenreihe zum geltenden Recht. Bd. 5, München/Salzburg 1972
Müller, Gerhard	Der Gedanke des sozialen Staates in der bisherigen Rechtsprechung des BAG. In DB 1956, S. 524 ff.
Müller, Gerhard	Drittwirkung von Grundrechten und Sozialstaatsprinzip. In RdA 1964, S. 121 ff.
Müller, Gerhard	Der Sozialstaatsgedanke unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. In BABl. 1964, S. 723 ff.
Müller, Gerhard	Die Ressortierung der Arbeits- und der Sozialgerichtsbarkeit. In RdA 1966, S. 289 ff.
Müller, Gerhard	Das Arbeitskampfrecht im Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. 4. 1971. In RdA 1971, S. 321 ff.
Müller, Gerhard	Gedanken zu einer Standortbestimmung des Arbeitsrechts. In DB 1974, S. 41 ff.
Müller, Gerhard	Die Sozialstaatsmaxime des Grundgesetzes. In BABl. 1974, S. 257 ff.
Münch, v., Ingo	Beamtenstreik und Sozialstaatsprinzip. In ZBR 1970, S. 371 ff.

Neumann-Duesberg, Horst	Abgrenzbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und sein Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB. In NJW 1957, S. 1341 ff.
Neumann-Duesberg, Horst	Das Mitbestimmungsrecht. In Die Grundrechte; hrsg. von Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Bd. III/1, S. 373 ff. Berlin 1958. Zit.: "Mitbestimmungsrecht"
Neumann-Duesberg, Horst	Betriebsverfassungsrecht. Berlin 1960. Zit.: "Lehrbuch"
Neumann-Duesberg, Horst	Persönlichkeitsrecht, Vertragsfreiheit und gegenseitige Sozialpflichtigkeit als Beurteilungsmaßstab für das Recht des Arbeitgebers zur Schwangerschaftsbefragung einer Einstellungsbewerberin. In JZ 1962, S. 204 ff.
Neumann-Duesberg, Horst	Rechtswidrigkeitserfordernis und Rechtswidrigkeitsausschluß (Notwehr) im Täuschungstatbestand des § 123 BGB. In JR 1967, S. 1 ff.
Neumann-Duesberg, Horst	Dokumentarfernsehsendung "Soldatenmord von Lebach" unter persönlichkeitsrechtlichem und verfassungsrechtlichem Aspekt. In JZ 1973, S. 261 ff.
Nikisch, Arthur	Arbeitsrecht. Bd. 1, 3. Aufl. 1961 Bd. 2, 2. Aufl. 1959 Bd. 3, 2. Aufl. 1966. Zit.: "Lehrbuch"
Nikisch, Arthur	Das Arbeitsgesetzbuch und die Lehre vom Arbeitsverhältnis. In Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag (wie Gamillscheg), S. 83 ff.
Nipperdey, Hans Carl	Aussprache zu "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates". In VVDStRL 12 (1954), S. 92 - 98. Zit.: "Aussprache"
Nipperdey, Hans Carl	Freie Entfaltung der Persönlichkeit. In Bettermann/Nipperdey "Die Grundrechte", Bd. IV/2, S. 741 ff. Berlin 1962. Zit.: "Persönlichkeit"
Nipperdey, Hans Carl	Grundrechte und Privatrecht. In Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag (wie Gamillscheg), S. 17 ff.
Nipperdey, Hans Carl	s. Hueck, Alfred, Nipperdey, Hans Carl
Nipperdey, Hans Carl	s. Enneccerus, Ludwig

Nöthlichs, Matthias	Arbeitsschutz - Das neue Arbeitssicherheitsgesetz - In Soziale Sicherheit 1974, S. 143 ff.
Paeslack, V.	Der Arzt und die Rehabilitation. In Heidelberger Kongreßbericht 1968 (wie Boll), S. 43 ff.
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. 33. Aufl. München 1974 (zit. nach den Einzelbearbeitern)
Papantoniou, Nikolas	Die Freiheit im heutigen Privatrecht. In Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. 60 (1974), Wiesbaden 1974, S. 487 ff.
Paul, H.	Arbeitsmedizin, Psychologie und Soziologie in der Rehabilitation. In "Rehabilitation" (wie Bialonski), S. 210 ff.
Peters, Hans	Sozialstaat. In Staatslexikon, Spalte 394 f. 7. Bd., 6. Aufl. Freiburg 1962
Pfarr, Heide M.	Zur Problematik des Rechts auf Arbeit - Exemplum: DDR - In Demokratie und Recht 1973, S. 124 ff.
Ramm, Thilo	Irrtum und arglistige Täuschung als Gründe der Anfechtung des Arbeitsvertrages. In AuR 1963, S. 161 ff.
Ramm, Thilo	Zur Bedeutung der Rechtssoziologie für das Arbeitsrecht. In Rechtssoziologie und Rechtspraxis, S. 154 ff. Neuwied/Berlin 1970
Ramm, Thilo	Der Wandel der Grundrechte und der freiheitliche soziale Rechtsstaat. In JZ 1972, S. 137 ff.
Rehkopf, Helmut	s. Giese, Herbert
Reichel, H. J.	Rehabilitation im Krankenhaus - Symposion 24 - In Heidelberger Kongreßbericht (wie Boll), S. 716 ff.
Reuß, Wilhelm	Die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips. In Sozialstaatsprinzip und soziale Sicherheit (wie Jantz, Kurt), S. 7 ff.
Reuter, Dieter	Betriebsverfassung und Privatautonomie. In ZfA 1975, S. 85 ff.
Reuter, Dieter	Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schrifttums im Jahre 1973. In ZfA 1974, S. 235 ff.

Reuter, Lutz-Rainer	Soziales Grundrecht auf Bildung? Ansätze eines Verfassungswandels im Leistungsstaat. In DVBl. 1974, S. 7 ff.
Rewolle, Hans-Dietrich	Schwerbehindertengesetz. Kommentar. Percha am Starnberger See 1974, Stand 1. 4. 1975
Richardi, Reinhard	s. Dietz, Rolf (Betriebsverfassungsgesetz)
Richardi, Reinhard	Betriebsverfassung und Privatautonomie. In Schriftenreihe der juristischen Gesellschaft e. V. Berlin, Heft 45; Berlin, New York 1973. Zit.: "Betriebsverfassung und Privatautonomie"
Richardi, Reinhard	Der Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. 4. 1971. In RdA 1971, S. 334 ff.
Richardi, Reinhard	Arbeitsrecht und Zivilrecht. In ZfA 1974, S. 3 ff. Zit.: "Arbeitsrecht und Zivilrecht"
Röhsler, Waldemar	Der Solidaritätsgedanke im Individualarbeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. In Das Arbeitsrecht der Gegenwart - Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit, Bd. 12, Berlin 1975, S. 107 ff.
Rohde, Helmut	Humanisierung der Arbeit. In "Sozialpolitik" - Ziele und Wege. Köln 1974, S. 101 ff.
Rupp, Hans Heinrich	Die verfassungsrechtliche Seite des Umweltschutzes. In JZ 1971, S. 401 ff.
Rupp- v. Brünneck, Wiltraut	Dissenting opinion zu BVerfG NJW 1975, S. 571 ff. In NJW 1975, S. 582 ff.
Säcker, Franz Jürgen	s. Hueck/Nipperdey (Lehrbuch des Arbeitsrechts)
Sänger, Wilhelm	Psychologische Erfahrungen bei der Rehabilitation. Unveröffentlichter Vortrag, gehalten am 30.5.1974 anläßlich des 6. Kontaktseminars des Deutschen Sozialgerichtsverbandes e.V. (vom 27. - 30.5.1974)
Siecken, Hans-Jochen	Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes in Literatur und Rechtsprechung. Diss. Göttingen 1974

Söllner, Alfred	Arbeitsrecht. 4. Aufl. Stuttgart 1974
Soergel-Siebert	Kommentar zum BGB. Bd. 1 Einleitung und Allgemeiner Teil. 10. Aufl. Stuttgart 1967. (Zit.: mit den Namen der Bearbeiter)
Sozialenquête	Soziale Sicherung in der BRD. Bericht der Sozialenquête - Kommission. Stuttgart 1966
SPD-"Godesberger Programm"	Grundsatzprogramm der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands. Beschlossen vom Außerordentlichen Parteitag der SPD in Bad Godesberg vom 13. - 15.11.1959. Hrsg. vom Vorstand der SPD, Bonn 1959
SPD-Richtlinien	"Richtlinien der Politik im Bundestag (Dürkheimer 16 Punkte)". Beschlossen vom SPD-Vorstand am 29./30.8. 1949. Programmatik der deutschen Parteien, 2. Teil, 3. Bd., Berlin 1963
Stern, Klaus	Sozialstaat. In Evangelisches Staatslexikon. Stuttgart/ Berlin 1966
Suhr, Dieter	Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. In Der Staat 1970, S. 67 ff.
Schambeck, Herbert	Grundrechte und Sozialordnung. In Reihe Schriften zum öffentlichen Recht. Bd. 88, Berlin 1969
Scharmann, Theodor	Die Eingliederung und Wiedereingliederung der Behinderten - Eine vergleichende Betrachtung -. In Persönlichkeit und Gesellschaft - Ausgewählte Aufsätze -, Göttingen 1966, S. 183 ff.
Schaub, Günter	Arbeitsrechtshandbuch. 2. Aufl. München 1975
Schettler, G.	Zusammenfassung und Ausblick. In Heidelberger Rehabilitationskongreß (wie Boll), S. 729 ff.
Scheuner, Ulrich	Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte. In AöR 95 (1970), S. 353 ff.
Scheuner, Ulrich	Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat - Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit -. In DÖV 1971, S. 505 ff.
Schieckel, H.	Juristische Probleme der Rehabilitation. In "Extreme Lebensverhältnisse" (wie Bialonski), S. 80 ff. Zit.: "Juristische Probleme"

Schmidt-Salzer, Joachim	Rechtspolitische Grenzen der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit. In NJW 1971, S. 173 ff.
Schmidt-Salzer, Joachim	Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht. In NJW 1970, S. 8 ff.
Schnabel, Fritz	s. Doetsch, Werner
Schnorr, Gerhard	Sozialstaat - ein Rechtsbegriff? In Festschrift für Hans Schmitz zum 70. Geburtstag (wie Gamillscheg), S. 256 ff.
Schnorr von Carolsfeld, Ludwig	Die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts. In RdA 1964, S. 297 ff.
Schnorr von Carolsfeld, Ludwig	Anm. zu BAG AP Nr. 13 zu § 626 "Verdacht strafbarer Handlung"
Scholz, J. F.	Rehabilitationsmedizin und medizinische Rehabilitation. In Heidelberger Kongreßbericht (wie Boll), S. 54 ff.
Schreiber, Werner	Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes in der Praxis der Rechtsprechung. In Schriften zum Öffentlichen Recht Bd. 185, Berlin 1972
Stahlmann, Gerhard	Die Verwirklichung des sozialen Rechtsstaates als Voraussetzung der individuellen Freiheit. Diss. Göttingen 1973
Staudinger	Kommentar zum BGB. Bd. I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. Berlin 1957. (zitiert nach den Namen der Bearbeiter)
Tomandl, Theodor	Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht. In Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 337/338, Tübingen 1967
Wannagat, Georg	Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts. I. Bd. Tübingen 1965 Zit.: "Lehrbuch"
Wannagat, Georg	Rechtsstaatliche und sozialstaatliche Aspekte der Sozialversicherung. In Festschrift für Werner Weber (wie Gamillscheg), S. 819 ff.
Wannagat, Georg	Das Grundgesetz und die Sozialgerichtsbarkeit. In BABl. 1974, S. 259 ff.
Weber, Werner	Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen. In Der Staat 1965, S. 409 ff.
Vierkandt, A.	"Solidarität". In Wörterbuch der Soziologie, Frankfurt/Main 1973

Weidner, Viktor	Zur Rechtsprechung des BSG. In JZ 1959, S. 698 ff., 758 ff.
Werkstatt für Behinderte, die	Ein interdisziplinärer Beitrag zur Rehabilitation der Behinderten. Institut für Sozialrecht an der Ruhr-Universität Bochum, Bochum 1972. Zit.: "Werkstatt für Behinderte"
Werner, Fritz	Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung. In AöR 81 (1956), S. 84 ff.
Wertenbruch, Wilhelm	Sozialstaatlichkeit und Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes. In Die Arbeiterversorgung 1961, S. 33 ff.
Wertenbruch, Wilhelm	Rehabilitation. In Das neue Sozialgesetzbuch. Frankfurt am Main 1972, S. 131 ff. Zit.: "Rehabilitation"
Wertenbruch, Wilhelm	Sozialverwaltungsrecht. In Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 4 der "Lehrbücher des Öffentlichen Rechts", hrsg. von Ingo v. Münch. 3. Aufl. Frankfurt/Main 1972, S. 305 ff. Zit.: "Sozialverwaltungsrecht"
Wertenbruch, Wilhelm	Prävention und Rehabilitation im System der sozialen Sicherheit in der Bundesrepublik Deutschland. Unveröffentlichter Vortrag, gehalten anl. des 6. Kontaktseminars des Deutschen Sozialgerichtsverbandes e. V. (vom 27. - 30.5. 1974). Zit.: "System"
Wertenbruch, Wilhelm	Sozialverfassung - Sozialverwaltung. Frankfurt am Main 1974. Zit.: "Sozialverfassung"
Wieacker, Franz	Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen. In Hundert Jahre deutsches Rechtsleben (wie Flume), Bd. 2, S. 1 ff.
Wickenhagen, E.	Nachgehende Maßnahmen der Berufshilfe. In Kongreßbericht Heidelberg (wie Boll), S. 132 ff.
Wiedemann, Herbert	Anm. zu BAG AP Nr. 35 zu § 620 BGB "Befristeter Arbeitsvertrag"
Wiegand, Dietrich	Sozialstaatsklausel und soziale Teilhaberechte. In DVBl. 1974, S. 657 ff.
Wiese, Günther	Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber. In ZfA 1971, S. 273 ff.

Wilrodt, Hermann/ Neumann, Dirk	Schwerbeschädigtengesetz. Kommentar. 3. Aufl. München 1973
Wlotzke, Otfried	Die arbeitsrechtliche Gesetzgebung in der 7. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages. In AuR 1974, S. 1 ff.
Wolf, Ernst/ van Gelder, Alfons	Anm. zu BAG SAE 1970, S. 121 f. = AP Nr. 31 zu § 620 BGB "Befristeter Arbeitsvertrag". Anm. in SAE 1970, S. 122 ff.
Wollny, Paul	Die Sozialstaatsklausel in der Rechtsprechung des BVerwG. In DVBl. 1972, S. 525 ff.
Wollny, Paul	Die Sozialstaatsklausel in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. In AuR 1973, S. 33 ff.
Wollny, Paul	Die Sozialstaatsklausel in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. In JR 1973, S. 227 ff.
Wollny, Paul	Die Sozialstaatsklausel in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts. In SozSich 1973, S. 135 ff.
Zacher, Hans F.	Soziale Gleichheit. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip. In AöR Bd. 93 (1968), S. 341 ff.
Zacher, Hans F.	Das Sozialstaatsprinzip in der Rechtsprechung des BVerfG. In BayVerwBl. 1969, S. 113 ff.
Zacher, Hans F.	Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland. München 1968. Zit.: "Sozialpolitik und Menschenrechte"
Zacher, Hans F.	Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung. In DÖV 1970, S. 3 ff.
Zacher, Hans F.	Das Vorhaben des Sozialgesetzbuches. Percha am Starnberger See 1973
Zimmer, Karl-Otto	Grundrechte und soziale Sicherung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. In BABl. 1970, S. 618 ff.

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts Arbeitsrechtliche Praxis
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbSichG	Arbeitssicherheitsgesetz
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
AVG	Angestelltenversicherungsgesetz
AZO	Arbeitszeitordnung
BABl.	Bundesarbeitsblatt (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
betr.	betreffend
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BerBildG	Berufsbildungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BK	Bonner Kommentar
BKK	Die Betriebskrankenkasse (Zeitschrift)
Bl.	Blatt
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BT	Bundestag
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVBl.	Bundesversorgungsblatt (Zeitschrift)
BVerfG E	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG E	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVG	Bundesversorgungsgesetz
bzw.	beziehungsweise

DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DRiZ	Deutsche Richterzeitschrift
Drucks.	Drucksache
DuR	Demokratie und Recht (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entwurf
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EnergieWiG	Energiewirtschaftsgesetz
E SGB-AT	Entwurf eines Sozialgesetzbuchs (Allgemeiner Teil)
EurSCh	Europäische Sozialcharta
evtl.	eventuell
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote
geä.	geändert
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GS	Großer Senat
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
i.d.F.	in der Fassung
insbes.	insbesondere
i.S.d.	im Sinne des, der
i.V.m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KGefEntschG	Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz

LAG	Landesarbeitsgericht
Lb.	Lehrbuch
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NDV	Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge (Zeitschrift)
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PflVersG	Pflichtversicherungsgesetz
PostG	Postgesetz
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rdnr.	Randnummer
RKnG	Reichs-Knappschaftsgesetz
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Seite(n)
s.	siehe
s.o.	siehe oben
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SGb	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte
SozSich.	Soziale Sicherheit (Zeitschrift)
SchwbG	Schwerbehindertengesetz
SchwerbeschG	Schwerbeschädigtengesetz
StabG	Stabilitätsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
TelG	Telegrafengesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
Tz.	Teilziffer(n)
u.a.	unter anderem
u.ä.	und ähnliche
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen

Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRV	Die Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Verfassung)
z.B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform
z.T.	zum Teil

Einleitung

I Ausgangspunkte der Arbeit

1. Gesetzliche Entwicklung des Rehabilitationsrechts und aktuelle materiell-rechtliche Verbindung von Arbeits- und Sozialrecht

Sozialpolitisch bedingte Leitvorstellungen zum rechtlichen Schutz der Behinderten und der von einer Behinderung Bedrohten haben zu einem Ausbau des Arbeits- und Sozialrechts geführt.

Das "Gesetz über die Angleichung der Leistungen zur Rehabilitation" (nichtamtlich: RehaAnglG)[1] hat verschiedene Sozialgesetze geändert und ergänzt; das "Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft (Schwerbehindertengesetz - SchwbG -)"[2] und das "Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit" (nichtamtlich: Arbeitssicherheitsgesetz - ArbSichG -)[3] wirken sich im Arbeitsrecht aus.[4] Das Gebiet des Rehabilitationsrechts ist umfangreich. Dies ergibt sich aus der Vielzahl der zur Rehabilitation notwendigen bzw. in Frage kommenden Sozialleistungen, die zudem mit Rücksicht auf das weitgespannte System der sozialen Sicherheit unterschiedlich strukturiert sind. Das ergibt sich weiter aus der Verknüpfung der arbeits- und sozialrechtlichen Schutzprinzipien:

Einer der entscheidenden Gedanken, die dem Rehabilitationsrecht zugrunde liegen, betrifft das Ziel, Behinderten nach der Wiederherstellung ihrer Arbeitsfähigkeit Arbeitsplätze zu verschaffen. Dies gilt auch für jene, die nach Abschluß medizinischer Maßnahmen zur Rehabilitation mit einem nicht behebbaren Behinderungsrest versuchen wollen, Arbeitsplätze zu erhalten.

---

1 Vom 7.8.1974 (BGBl. I, S. 1881).

2 I.d.F. vom 29.4.1974 (BGBl. I, S. 1005); es stellt eine weitgehende Umgestaltung des bisherigen Schwerbeschädigtengesetzes dar.

3 Vom 12.12.1973 (BGBl. I, S. 1885).

4 Diese Arbeit geht von der systematischen Einordnung des Arbeitsschutzrechts ins Arbeitsrecht aus; vgl. hierzu Hueck in Hueck/Nipperdey, Lb. Bd. I, § 19 S. 106; Nikisch, Lb. Bd. I, § 1 III S. 10 ff.

Daher hat hier insbesondere das Arbeitsrecht eine wichtige Ergänzungsaufgabe zu erfüllen.
Schwerpunkt dieser Arbeit ist die hierauf bezogene Frage, in welcher Weise die Chance dieses Personenkreises, einen Arbeitsplatz zu erhalten, arbeits- und sozialrechtlich gesichert ist.
Schließlich zielt der skizzierte Gedanke darauf ab, Arbeitnehmern, denen eine Behinderung droht, die Arbeitsplätze zu sichern. Mit diesen, im herkömmlichen Sinne "präventiven" Sicherungen wird sich die Arbeit in einem weiteren Punkt befassen.

Angesichts der Rechtsentwicklung hat die Arbeit einen aktuellen Ausgangspunkt; er rührt aus dieser engen materiell-rechtlichen Verbindung von Arbeitsrecht und Sozialrecht her.

2. Aktuelle gesetzgeberische Projekte im Arbeits- und Sozialrecht und deren verfassungsrechtliche Verbindung

Ein aktueller Ausgangspunkt ergibt sich darüber hinaus aus anderen sozialpolitisch bedingten Leitvorstellungen. Sie betreffen allgemein den kodifikatorischen Ausbau und die Sicherung der arbeits- und sozialrechtlichen Schutzprinzipien, ferner die Vereinheitlichung und Vereinfachung des Arbeits- und Sozialrechts. Auf arbeitsrechtlichem Gebiet geht es dabei zu einem wesentlichen Teil um die gesetzmäßige Verankerung der verbindlichen Grundsatzentscheidungen der richterlichen Rechtsfortbildung.

a) Arbeitsgesetzbuch (Arbeitsvertragsgesetz)

Einmal soll diese Aufgabe ein Arbeitsgesetzbuch (oder - zunächst vielleicht beschränkt auf das individuelle Arbeitsrecht - ein Arbeitsvertragsgesetz) erfüllen. Seit dem Gebot des Art. 157 II WRV zur Schaffung eines einheitlichen Arbeitsrechts sind ähnliche Versuche gescheitert. Die Sachverständigenkommission für ein Arbeitsgesetzbuch wurde 1970 durch Beschluß der Bundesregierung eingesetzt,[5] Forschungsergebnisse

---

5 Konstituierung am 3.11.1970.

sind nicht publiziert und Konturen eines Entwurfs noch nicht erkennbar.[6] Im Zusammenhang mit diesem Vorhaben wird vielfach die Aufnahme von Grundfreiheiten der Arbeit in den Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches diskutiert: Die Verankerung arbeitsrechtlicher Grundrechte könnte danach "die bestehenden Grundrechte, zuerst die Würde des Menschen und das allgemeine Persönlichkeitsrecht, für den Bereich der abhängigen Arbeit gesetzlich (zu) konkretisieren und so zugleich Basisregeln für das Arbeitsrecht (zu) schaffen."[7]

b) Sozialgesetzbuch - Allgemeiner Teil

Das Gesetzgebungsvorhaben auf dem Gebiete des Sozialrechts ist weiter vorangeschritten, als das im Arbeitsrecht der Fall ist. Die Bundesregierung hat den "Entwurf eines Sozialgesetzbuches (SGB) - Allgemeiner Teil"[8] (E SGB - AT) in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht, der Bundestag hat sich mit ihm in Erster Lesung befaßt.[9] Der erste Abschnitt dieses Entwurfs (Art. 1) enthält u.a. in den §§ 2 bis 10 soziale Rechte. Sie verfolgen das Ziel, deutlich zu machen, daß das Sozialrecht nicht von abstrakten sozialpolitischen Zielen, sondern von den Bedürfnissen des einzelnen bestimmt ist. Nach ihrer juristischen Konstruktion sollen sie die Sozialstaatsklausel in Art. 20 I, 28 I GG konkretisieren; sie beabsichtigen, die Stellung des Bürgers im sozialen Rechtsstaat angemessen zum Ausdruck zu bringen.[10]

---

6 Vgl. hierzu Materialien zum Bericht zur Lage der Nation 1974, Tz. 950.

7 So Badura in der Festschrift für Berber, S. 11 ff. (12); dem Aufsatz "Grundfreiheiten der Arbeit" liegen Ausarbeitungen des Verf. für einen Ausschuß der Sachverständigenkommission zugrunde. Vgl. auch Gamillscheg AcP 1964, 385 ff.

8 BT-Drucks. 7/868 vom 27.6.1973.

9 In der 51. Sitzung am 20.9.1973, Stenographische Berichte S. 2884 C ff.

10 Vgl. BT-Drucks. 7/868 Begründung Teil A VII zu 1, S. 21; Teil B zu § 1, S. 22.

Diese sozialen Rechte umfassen u.a. das Recht der Behinderten auf "Eingliederung"; auch die eingangs vorerst nur angedeuteten (präventiven) Hilfen zur Abwendung einer Behinderung fallen ebenfalls hierunter.
Die Funktion der sozialen Rechte soll allein darin bestehen, daß Verwaltung und Rechtsprechung bei der Auslegung und Fortbildung des Sozialrechts, bei der Ausfüllung von Gesetzeslücken und bei der Ermessensausübung daran gebunden sind.

Hingegen sollen sie nach der Regierungsvorlage in keinerlei Hinsicht Anspruchsgrundlagen für Sozialleistungen oder für die Bereitstellung sozialer Einrichtungen bilden. Insofern haben sie ihre Funktion allein darin, die sozialrechtlichen Grundpositionen des Bürgers in den einzelnen Sozialleistungsbereichen programmatisch und in die Zukunft orientiert zusammenzufassen.[11]

c) Verfassungsrechtliche Verbindung der gesetzgeberischen Projekte

Beide Projekte verbinden das Arbeits- und Sozialrecht damit in aktueller verfassungsrechtlicher Hinsicht. Erwägt man, Grundfreiheiten der Arbeit in einem A r b e i t s g e s e t z b u c h zu verankern, so muß man an die Realität der Freiheit im Arbeitsrecht anknüpfen. Sie ist "für die meisten nicht eine Funktion des Eigentums, sondern eine Funktion der Arbeit und der die Bedingungen der Arbeit und ihres Ertrages unablässig beeinflussenden Gesetzgebung und Verwaltung".[12] Die gesetzliche Regelung von Grundfreiheiten der Arbeit muß demzufolge die tatsächlichen Voraussetzungen der Ausübung dieser Freiheiten berücksichtigen.

---

11 BT-Drucks. 7/868 Begründung Teil A VII, S. 20; Teil B zu § 2, S. 23; das war auch der einmütige Ausgangspunkt in der Ersten Lesung. Vgl. Hauck BABl. 1974, 71 ff. (77); v. Maydell ZRP 1973, 115 ff. (115 f.). Zu den Vorarbeiten zur Verwirklichung des SGB vgl. Materialien zum Bericht zur Lage der Nation 1974, Tz. 950.

12 Badura, Der Staat 1975, 17 ff. (22).

Sodann muß eine gesetzliche Verankerung dieser Grundfreiheiten den prinzipiellen Grundrechtsschutz der Freiheit des einzelnen widerspiegeln. Er besteht darin, die Freiheit durch die rechtliche Sicherung der individuellen Selbstbestimmung und der autonomen Entscheidungsmöglichkeit des einzelnen zu schützen, und zwar in seinem persönlichen, kulturellen, wirtschaftlichen und politischen Lebensraum.[13] Die hierfür wichtigsten verfassungsrechtlichen Gewährleistungen bestehen neben Art. 12 GG in den Art. 1 I, 2 I GG.

Daher kommt es bei einer gesetzlichen Verankerung darauf an, wie die Grundfreiheiten der Arbeit verfassungsrechtlich ausgestaltet sind. Dies hängt von einer Interpretation des Grundgesetzes ab, das den demokratischen und sozialen Rechtsstaat konstituiert hat. Geht man hiervon aus, so führt die Auslegung zu einem spezifischen Zusammenhang u.a. zwischen den Freiheitsgrundrechten und dem Sozialstaatsprinzip. In einer allgemeinen Umschreibung des Begriffs "Sozialstaatsprinzip" wird in ihm die Funktion gesehen, "dem Staat, besonders der Gesetzgebung, Auftrag und Richtlinie zur umfassenden Sozialgestaltung im Sinne sozialer Gerechtigkeit" zu geben.[14] Der prinzipielle Grundrechtsschutz der Freiheit wird insofern über den Bereich der klassischen Freiheitsrechte als individuelle Abwehrrechte gegen die öffentliche Gewalt hinaus erweitert: Er muß berücksichtigen, daß "die soziale Gerechtigkeit Bedingung individueller Freiheit ist".[15] Eine solche Interpretation der Grundrechte führt entsprechend der verfassungsrechtlichen Grundlegung des sozialen Rechtsstaates zum Verständnis der sozialstaatlich interpretierten Freiheitsrechte, zu (hier im untechnischen Sinne gemeinten) "sozialen Grundrechten". Sie haben die Aufgabe, die individuelle Freiheit vor allem unter den realen, sozialen Voraussetzungen ihrer Ausübung zu gewährleisten.

---

13 Vgl. z.B. Badura in der Festschrift für Berber a.a.O. S. 12.

14 Vgl. Badura, Der Staat 1975, 17 ff. (32 f.) m.w.N.

15 Badura, Der Staat 1975, 17 ff. (34).

Grundfreiheiten der Arbeit als konkretisierte Ausformung dieser Grundrechte streben damit den Schutz der Persönlichkeit und Selbstbestimmung desjenigen an, der seine Existenzgrundlage nahezu ausschließlich in der abhängigen Arbeit finden kann. Ihre gesetzliche Verankerung in einem Arbeitsgesetzbuch, etwa über den Abschluß von Arbeitsverträgen auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit durch existentiell notwendige berufliche Tätigkeit gerichtet, müßte diesen zunächst allgemeinen Gesichtspunkten Rechnung tragen.
Dieses Projekt ist mit dem des E SGB-AT dadurch in aktueller verfassungsrechtlicher Hinsicht verknüpft, als das letztere die Normierung sozialer Rechte als Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips vorsieht. Daneben richtet sich das geplante soziale Recht der Behinderten auf Eingliederung (§ 10 E SGB-AT) ebenfalls auf die Chance der Behinderten, einen Arbeitsplatz zu erhalten (und zu behalten).
Die vorliegende Arbeit muß diese verfassungsrechtlichen Erwägungen berücksichtigen, weil das Problem der beruflichen Rehabilitation - wie bereits die beiden gesetzgeberischen Vorhaben in den entsprechenden Teilbereichen zeigen - dort ihren Ausgangspunkt hat und ohne ihn nicht erschöpfend beurteilt werden könnte. Freilich ist dies nicht nur für die berufliche Rehabilitation so. Die verfassungsrechtlichen Bezugspunkte sind für das Arbeits- und Sozialrecht insgesamt von elementarer Bedeutung.
Die Arbeit wird insofern einen weiteren Schwerpunkt erhalten. Er betrifft damit die bisher skizzierte Chancensicherung auch unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Aspekte im notwendigen Umfange.

II Zielsetzungen der Arbeit

Demzufolge wird in einem E r s t e n T e i l (begriffliche Grundlegung und rechtliche Ausgestaltung der Rehabilitation und - den Gesichtspunkt einer drohenden Behinderung einschließend - Prävention) eine Bestandsaufnahme des Rehabilitationsrechts erarbeitet. Die "Grundrechtsorientiertheit"

insbesondere des Arbeitsrechts klang bereits an. In einem gerafften theoretischen Abhandlungsteil wird zur Vorbereitung späterer materiell-rechtlicher Überlegungen aufgezeigt werden müssen, in welcher Weise das Arbeitsrecht mit diesen verfassungsrechtlichen Normen konstruktiv verknüpft ist.

Auf die Chancenerhöhung der behinderten Stellenbewerber abgestellt, geht es hierbei nicht um die Einwirkung des Verfassungsrechts auf die öffentlich-rechtlichen Bereiche des Arbeitsrechts, auf das Arbeitsschutzrecht; es geht vielmehr um die zivilrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitnehmern (Stellenbewerbern) und Arbeitgebern.

Der Z w e i t e T e i l der Arbeit wird der Frage nachgehen, welche materiell-rechtlichen Inhalte die verfassungsrechtlichen Basisregeln des Arbeits- und Sozialrechts haben (insbesondere die Art. 1 I, 2 I GG als Normen, die für eine sozialstaatliche Interpretation der Freiheitsrechte im Bereich der abhängigen Arbeit für die vorliegende Untersuchung wichtig sind). Das braucht nicht für das ganze Arbeits- und Sozialrecht ausgemessen zu werden. Es entspricht dem Rahmen dieser Arbeit, wenn nur die Thematik der beruflichen Rehabilitation unter Einschluß der Prävention in den Vordergrund gerückt wird.
Soziale Freiheitsrechte werden - wie skizziert - durch eine Interpretation der Freiheitsrechte mit Hilfe des Sozialstaatssatzes erklärbar. Er hat im Arbeits- und Sozialrecht ebenfalls eine elementare Funktion. Eine juristische Arbeit, die sich z.B. mit dem Rehabilitationsrecht befaßt, ist daher auf den Sozialstaatssatz angewiesen.
Mit dem Definitionsversuch "Auftrag und Richtlinie zur umfassenden Sozialgestaltung im Sinne sozialer Gerechtigkeit" ist freilich lediglich der eine generalklauselartige Begriff durch zwei andere Generalklauseln (umfassende Sozialgestaltung - soziale Gerechtigkeit) ersetzt, also nichts juristisch exakt definiert worden. Daß eine juristisch exakte Definition des Sozialstaatssatzes überhaupt erreichbar ist, muß von vornherein ausgeschlossen werden. Gleichwohl könnte ihm eine Untersuchung nicht etwa mit dem Hinweis auf seine schwer definier-

bare Begrifflichkeit aus dem Wege gehen.

Die Arbeit muß folglich versuchen, den Inhalt des Grundsatzes der Sozialstaatlichkeit zu bewerten, um zu der beschriebenen Ausformung der Grundrechte zu gelangen. Diese Thematik wird sich - entsprechend dem praktischen Anliegen der Arbeit - eng an das Untersuchungsziel der beruflichen Rehabilitation halten.
Der daran inhaltlich anknüpfende D r i t t e T e i l wird versuchen, aus der vorbereiteten verfassungsrechtlichen Lage Schlußfolgerungen für die privatrechtliche Anbahnung von Arbeitsverhältnissen zu ziehen. Sie sind auf die Erhöhung der Chancen gerichtet, die behinderte Stellenbewerber in dieser Hinsicht auf dem Arbeitsmarkt haben.
Fragen des Arbeitssicherheitsgesetzes werden diese Überlegungen im V i e r t e n T e i l ergänzen. Er wird vornehmlich präventive, also schadensvorbeugende Gesichtspunkte aufwerfen. Diese Prävention zugunsten der tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmer ist mit der beruflichen Rehabilitation von der Sache her verknüpft: Prävention zugunsten der gerade eingestellten medizinisch rehabilitierten bzw. (noch) behinderten Arbeitsanfänger wirkt sich zweifellos gegen spätere Behinderungsgefahren aus und hilft damit, das Rehabilitationsziel zu sichern.

Die einzelnen Untersuchungsziele werden in den entsprechenden Abschnitten konkretisiert. Allgemeine Zielsetzung der Arbeit ist es, die Funktionsfähigkeit und Praktikabilität der zu erörternden Lösungswege nachzuweisen.

Erster Teil Begriffliche Grundlegung und rechtliche Ausgestaltung der Rehabilitation und Prävention im Arbeits- und Sozialrecht

1. Kapitel Rehabilitation und Prävention als komplexe begriffliche Umschreibungen geschlossener Prozeßverläufe

I Allgemeine Überlegungen

Für die gesellschaftliche Rolle und das Integrationsschicksal der Behinderten und der von einer Behinderung Bedrohten haben Rehabilitation und Prävention eine zentrale sozialpolitische Bedeutung. In juristischer Hinsicht kennzeichnen sie "spezifische individuelle Entfaltungshilfen" [1] bzw. ein System von gesunderhaltend wirkenden Maßnahmen und Leistungen; in dieser Eigenschaft sind sie Grundbegriffe insbesondere im modernen Sozialrecht. Ihre ausdrückliche oder inhaltlich umschriebene gesetzliche Verankerung steht für einen Prozeßverlauf, dessen einzelne Stationen durch das Zusammenwirken verschiedener fachwissenschaftlicher Disziplinen verwirklicht werden. Rehabilitation und Prävention beinhalten daher keine Tatbestandsmerkmale, deren Summe etwa einen Anspruch begründen könnte. Sie sind auch nicht Ergebnisse einer juristischen Wortschöpfung, sondern der Gesetzgeber knüpft mit ihnen an eine (auch begriffsgeschichtliche) Entwicklung an, die sich weitgehend im medizinischen, psychologischen, soziologischen und technischen Bereich vollzog.
Die auf diese Entwicklung zurückzuführenden bedeutsamsten gesetzlichen Regelungen der Rehabilitation und Prävention[2] zielen auf die Verwirklichung jener Voraussetzungen, die die gesellschaftliche Rolle und das Integrationsschicksal der Behinderten und der von einer Behinderung Bedrohten beeinflussen. Um nun diese gesetzlichen Ziele aus der Abstraktheit der Normen lösen und um dadurch sichtbar machen zu können, welchen Stellenwert u.a. die Arbeitsplatzsicherung für die menschliche Problematik eines Behinderungsfalles

---

1 So Wertenbruch, Sozialverfassung, S. 105.

2 Diese Reihenfolge ist willkürlich gewählt.

hat, ist es unumgänglich, einer Beschreibung der vielleicht bedeutsamsten Normen die begriffliche Grundlegung von Rehabilitation und Prävention vorzuschalten.
Sie wird zu keinen feststehenden juristischen Begriffen führen - was unbedenklich hingenommen werden kann, weil selbst das im Sozialrecht geregelte Rehabilitationsrecht allein an "Rehabilitation" und "Prävention" keinerlei Rechtswirkungen knüpft und wegen ihrer prozeßbeschreibenden Eigenschaften auch nicht knüpfen kann. Juristisch meßbar, wenn auch z. B. mit Hilfe medizinischer Gutachten, müssen aber diejenigen Tatbestandsvoraussetzungen sein, die eine Rehabilitation bzw. Prävention auslösen, ihr logischerweise zeitlich vorausgegangen sein müssen, wie z. B. die Minderung der Erwerbsfähigkeit oder Behinderung als Voraussetzungen für die Rehabilitation; die "drohende" Behinderung für die Prävention. Diese Grundlegung der Begriffe wird es vielmehr ermöglichen, jene existenzsichernden Hilfen herauszustellen, die für den zu schützenden Personenkreis bedeutsamer sind als eine finanzielle Sicherung. Dieser Gesichtspunkt ist bedeutsam. Er entspricht einer neueren Tendenz im Sozialrecht, die z.B. Rentenleistungen gegenüber der Eingliederung bzw. Wiedereingliederung geradezu subsidiär macht. Wenngleich der schließlich zu skizzierende Regelungsbereich für die Untersuchung insgesamt und in allen Einzelnormen nicht einschlägig ist, so liefert er für sie aber den nötigen Ausgangspunkt. Auf ihn ist die Untersuchung angewiesen. Dadurch wird klargestellt, in welchem Zusammenhang materielle und "ideelle" Sicherungen der Behinderten und jener Personen stehen, die - nunmehr wieder arbeitsfähig - den Zugang zum Beruf suchen.

II Begriffliche Grundlegung

1. Rehabilitation

In der Begründung des Entwurfs des RehaAnglG[3] umschreibt die Bundesregierung "Rehabilitation" mit Maßnahmen, "die

---

3 BT-Drucks. 7/1237 vom 9.11.1973, Teil A 1, S. 49.

darauf gerichtet sind, körperlich, geistig oder seelisch behinderten Menschen zu helfen, ihre Fähigkeiten und Kräfte zu entfalten und einen angemessenen Platz in der Gemeinschaft zu finden". Dazu gehöre vor allem eine dauerhafte Eingliederung in Arbeit und Beruf, wobei es nicht darauf ankomme, ob die Behinderung angeboren sei oder ihre Ursache in einem äußeren Ereignis (Kriegsverletzung, Unfall) oder einer schicksalhaften Erkrankung habe. Diese Begründung knüpft damit an einen Sprachgebrauch auf internationaler Ebene an, der insbesondere den Empfehlungen der Westeuropäischen Union[4] zugrunde liegt. Sie verstehen unter Rehabilitation Maßnahmen, die dazu bestimmt sind, eine behinderte Person geistig und körperlich darauf vorzubereiten, im Rahmen ihrer Fähigkeiten einen normalen Platz in der Gemeinschaft - sei es nun im Arbeitsleben oder im häuslichen Bereich[5] - einzunehmen oder wiedereinzunehmen. Die Rehabilitation soll mit der Erkrankung oder Verletzung beginnen und erst abgeschlossen sein, wenn die endgültige Eingliederung bzw. Wiedereingliederung unter den bestmöglichen Arbeits- und Lebensbedingungen erreicht ist. Typenkern der Rehabilitation ist damit die Eingliederung von Behinderten in einen normalen Lebensablauf.[6] Ihr Erfolg hängt von verschiedenen Bedingungen ab, auf die von fachwissenschaftlicher Seite hingewiesen wird. Einmal sei es erforderlich, daß der Behinderte seine Versehrtheit akzeptiert und mit ihr fertig wird, zum anderen müsse die Gesellschaft Vorbehalte abbauen und die Behinderten human annehmen.

---

4 Vgl. BABl. 1958, 477; DABl. 1962, 101; Etmer a.a.O. S. 259; "Die Werkstatt für Behinderte" S. 4. Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung des Begriffes Rehabilitation und zur internationalen Zusammenarbeit Bialonski "Rehabilitation" S. 2 f., ders. "Rehabilitationswesen" S. 70 bis 73; Scharmann a.a.O. S. 188; Schieckel "Juristische Probleme" S. 80 bis 83.

5 Bezüglich des häuslichen Bereichs somit weitergefaßt.

6 Vgl. Wertenbruch "Rehabilitation" S. 134 m.w.N.

Das sei erreicht, wenn die Abweichung des Behinderten von gesellschaftlichen Erwartungen und Normen nicht als Minderwertigkeit, sondern als individuelle Eigenart angesehen wird.[7] Diese arbeitsbiologischen, psychologischen, arbeits- und sozialwissenschaftlichen Aspekte[8] haben zu der klassischen Dreiteilung der Rehabilitation geführt, und zwar in die medizinische, die berufliche und die soziale Phase.[9]

2. Medizinische Rehabilitation

Sie ist ein Verfahren zur Wiederherstellung der Gesundheit, das die Wiedergewinnung der allgemeinen Leistungsfähigkeit (Arbeitsfähigkeit und berufliche Leistungsbereitschaft) durch Behebung oder wenigstens teilweise Minderung der Leistungsbehinderung bezweckt.[10] Dieses Verfahren umfaßt diagnostische und therapeutische Maßnahmen:[11] u.a. die medizinische, die psychopathologische und psychologische Diagnose, die klinische oder ambulante Behandlung, die Physio- und Beschäftigungstherapie, die prothetische Versorgung und die Versorgung mit sonstigen Hilfs- und Heilmitteln sowie die psychagogische Führung des Rehabilitanten.[12]

3. Berufliche Rehabilitation

Auf der zweiten Stufe der Rehabilitation stehen Maßnahmen, wie die auf den Erwerb eines Arbeitsplatzes, dessen Ausfüllung und Erhaltung konzentriert sind: Schulbildung und Erziehung jugendlicher Rehabilitanden, Berufsberatung, Arbeitstherapie,

---

7 Vgl. Sänger a.a.O.

8 Vgl. hierzu im einzelnen weiter Paul a.a.O., S. 210 - 212; Scharmann a.a.O., S. 212 ff., 226.

9 Vgl. z.B. Jochheim a.a.O., S. 709.

10 Vgl. Scharmann a.a.O., S. 225.

11 Vgl. die entsprechenden medizinischen, technischen, psychologischen Beiträge z.B. in den Berichten über die Rehabilitationskongresse in Heidelberg 1968 und Kassel 1971.

12 Vgl. z.B. Scharmann a.a.O., S. 187.

Berufsausbildung oder -umschulung, Berufsfortbildung oder Arbeitsertüchtigung, Arbeitsberatung und Arbeitsvermittlung.[13] Insbesondere die arbeitswissenschaftliche Praxis hat hierbei eine wichtige Funktion (Arbeitsmedizin, Arbeitspädagogik, Arbeitspsychologie, Technologie, Fürsorge). Die Empfehlung No. 99 der Internationalen Arbeitsorganisation [14] charakterisiert die berufliche Rehabilitation der Behinderten als die "Phase des fortlaufenden und aufeinander abgestimmten Verfahrens zur Eingliederung und Wiedereingliederung, währenddessen den Behinderten geeignete Einrichtungen zur Verfügung gestellt werden." Diese sollen es den Behinderten ermöglichen, "eine geeignete Beschäftigung zu finden und beizubehalten". Wichtigste Hilfen seien "Berufsberatung, Berufsausbildung und eine individuelle Arbeitsvermittlung".

4. Soziale Rehabilitation

Diese Phase der Rehabilitation wird herkömmlich mit Maßnahmen gekennzeichnet, die zur Sicherung bisher erreichter Förderungswege auch für die Zukunft beitragen.[15] Das hierdurch anzustrebende Ziel einer dauerhaften und erfolgreichen Eingliederung der Behinderten in die Gesellschaft setzt eine Aufklärungsarbeit voraus. Sie muß dazu geeignet sein, die in der Öffentlichkeit oftmals bestehenden Vorurteile gegenüber Behinderten abzubauen und ihnen dadurch die Chance zu geben, sich nicht mehr als Desintegrierte zu verstehen. Die Bundesregierung hält hierfür[16] Bestrebungen für erforderlich, welche die Kommunikationsmöglichkeiten zugunsten der Behinderten verstärken: Es müsse zur Teilnahme am täglichen Leben außerhalb von Arbeit und Beruf "gewährleistet sein, daß auch den Behinderten in gleicher Weise wie den Nichtbehinderten die für die Allgemeinheit vorhandenen Einrichtungen zur Verfügung

---

13 Vgl. z.B. Scharmann a.a.O., S. 187.

14 BT-Drucks. II/3044 vom 21.12.1956.

15 Vgl. z.B. Wickenhagen a.a.O., S. 136 ("nachgehende Berufsfürsorge"); Scharmann a.a.O., S. 187 ("nachgehende Fürsorge" insbesondere zur Erhaltung des Arbeitsplatzes).

16 Ziffer 10 des Aktionsprogramms der Bundesregierung zur Förderung der Rehabilitation der Behinderten, vgl. BKK 1970, 159 ff. (161).

stehen. Dazu gehört auch die Schaffung von Begegnungsmöglichkeiten für Behinderte und Nichtbehinderte und eine auf die speziellen Wünsche und Bedürfnisse der Behinderten abgestellte Freizeitgestaltung und Erholungsfürsorge".[17]

Verschiedentlich wird die Ansicht vertreten, daß die soziale Rehabilitation die berufliche als ihren engeren Bereich mit umfasse. Dadurch schließe die soziale Rehabilitation neben den sog. beruflichen Maßnahmen weitergehende ergänzende soziale Maßnahmen (dann im engeren Sinne) ein, wie Schaffung einer angemessenen Wohnmöglichkeit, Erleichterung der Kommunikation usw.[18] Auch §§ 10, 28 I E SGB-AT[19], in denen ein soziales Recht der Behinderten auf Eingliederung vorgesehen ist, unterscheiden nur zwischen medizinischer und sozialer Rehabilitation: nämlich zwischen notwendigen Maßnahmen, um die Behinderung u.a. zu beseitigen, zu bessern, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Folgen zu mildern, und jenen notwendigen Maßnahmen, um dem Behinderten einen seinen Neigungen und Fähigkeiten entsprechenden Platz in der Gemeinschaft, insbesondere im Arbeitsleben, zu sichern.[20]
Indessen ändert die formale Zuordnung der "beruflichen Rehabilitation" zur sozialen nichts am Wesen der beruflichen Rehabilitation. Praktisch wird die soziale Rehabilitation durch die Zuordnung der beruflichen erweitert, gleichsam summarisch überhöht. Dennoch bleibt auch das Wesen der sozialen Rehabilitation (eben nach "Abspaltung" der beruflichen) im Verhältnis zur dreigeteilten Rehabilitation unverändert.

---

17 Ziffer 11 des Aktionsprogramms der Bundesregierung a.a.O., S. 161.

18 So "Die Werkstatt für Behinderte" S. 5; vgl. ferner Wertenbruch "Rehabilitation" S. 135; ders. "Sozialverfassung" S. 108.

19 BT-Drucks. 7/868 vom 27.6.1973.

20 Vgl. hierzu auch Wertenbruch "Rehabilitation" S. 137; BT-Drucks. VI/3764 vom 12.9.1972, zu § 8 E SGB-AT.

III Verknüpfung der verschiedenen Phasen der Rehabilitation ("umfassende Rehabilitation")

Die klassische Dreiteilung des Begriffes "Rehabilitation" will nicht zu der Ansicht verleiten, als handele es sich bei den einzelnen Phasen um in sich abgeschlossene Prozesse, bei denen der eine den jeweils vorangegangenen ergänzt. Vielmehr sind es Teile eines in sich geschlossenen einheitlichen Prozesses.

Das ergibt sich einerseits aus der Vielfalt von Schicksalsfällen, denen Arbeitnehmer unterliegen können, andererseits aus der "Breite der Möglichkeiten rehabilitierender Maßnahmen".[21] So hat auch die Bundesregierung in dem Entwurf des RehaAnglG[22] ausgeführt, daß die Grenzen zwischen den einzelnen Phasen nicht fließend seien. Es werde daher heute von umfassender Rehabilitation gesprochen und ein nahtlos ablaufendes Rehabilitationsgeschehen angestrebt. Diese Auffassung von der Rehabilitation als einem einheitlichen, in sich geschlossenen Prozeß[23] entspricht internationalem Sprachgebrauch[24] und der verbreiteten Ansicht auch der Vertreter anderer wissenschaftlicher Disziplinen und der Rehabilitationspraxis.[25]

Es liegt auf der Hand, daß sich ein derart komplexer Begriff juristisch exakt kaum wird bestimmen lassen,[26] zumal - wie W e r t e n b r u c h zutreffend meint[27] - "sozialpolitische Vorstellungen und medizinische Erkenntnisse ständige Korrekturen erzwingen werden". Im übrigen stört es bei juri-

---

21 Wertenbruch "Sozialverwaltungsrecht" S. 359.

22 BT-Drucks. 7/1237 Teil A 1, S. 49

23 So schon die Stellungnahme des Bundesrates zu § 6 des Regierungsentwurfs eines AFG und die Gegenäußerung der Bundesregierung hierzu, BT-Drucks. V/2291, S. 103 Nr. 6; S. 115 zu 6 c.

24 Vgl. "Werkstatt für Behinderte" S. 5.

25 Boll "Wandel" S. 91; ders. "Rehabilitation" S. 9 unter Hinweis auf die Verknüpfung medizinisch-therapeutischer Maßnahmen mit notwendigen Anpassungen im beruflichen und sozialen Bereich; Paeslack a.a.O., S. 50; Reichel a.a.O., S. 716; Scharmann a.a.O., S. 188; Schettler a.a.O., S. 729; J. F. Scholz a.a.O., S. 55; Wickenhagen a.a.O., S. 132.

26 Vgl. hierzu auch Sozialenquête, a.a.O., Tz. 799, S. 285.

27 "Sozialverfassung" S. 106.

stischen Diskussionen nicht, wenn man ihnen Begriffe zugrunde legt, welche von anderen Disziplinen entwickelt worden sind.
Man muß daher vom Begriff einer umfassenden Rehabilitation ausgehen. Im künftigen Verlauf der Untersuchung soll dabei die berufliche Rehabilitation - dem Schwerpunkt des gewählten Untersuchungsbereichs entsprechend- hervorgehoben werden. Das wird im Sprachgebrauch dieser Arbeit allerdings zu einer willkürlichen Aufspaltung der Rehabilitation führen. Gerechtfertigt ist dies jedoch deswegen, weil medizinische Fachfragen und spezielle Bedingungen einer sozialen Eingliederung bzw. Wiedereingliederung in dem vorgenommenen Untersuchungsbereich "Arbeitsplatzssicherung" ausgespart werden können. Spräche man dagegen lediglich von "Rehabilitation", so verpflichtete das dazu, diese medizinischen Fachbereiche und speziellen Bedingungen einer sozialen Eingliederung ebenfalls in die Untersuchung einzuflechten. Das ginge gegen die Schwerpunktbildung in dieser Arbeit.
Dies trägt außerdem dem Aufbau des Gesetzes Rechnung, der bei der Festlegung von Maßnahmen und Leistungen zur Rehabilitation - wie sich zeigen wird - an die Dreiteilung aus sachlicher und gesetzestechnischer Notwendigkeit anknüpft.
Nach alledem wird der klassische Begriff "berufliche Rehabilitation" künftig als Schlagwort[28] benutzt, nicht als exakter juristischer Begriff. Letzteren gibt es nicht, genauso wenig, wie "Rehabilitation" exakt juristisch definierbar ist. Auch berufliche Rehabilitation ist daher nicht etwa ein anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal; vielmehr kennzeichnet es den beschriebenen Prozeßverlauf.

IV Prävention

Bereits der gesundheitspolitische Fortschritt von der bloßen Krankenversicherung zur Gesundheitsbetreuung rührte aus dem Interesse an der Gesunderhaltung, nicht nur an der Behebung

---

28 Von "Rehabilitation" als Schlagwort spricht die Sozialenquête unter Tz. 787 (1), S. 279.

von Krankheiten her.[29] Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch dienen entsprechende präventive Maßnahmen der Schadensvorbeugung; sie sollen z.B. krankhaften Entwicklungen entgegenwirken. Gleiches gilt besonders eindrucksvoll u.a. für die gesetzliche Unfallversicherung: §§ 546 f., 708 ff. RVO befassen sich mit der Verhütung von Arbeitsunfällen; sie stehen somit neben der eigentlichen Hauptaufgabe der Sozialversicherung, der geldleistenden Sozialverwaltung. "Prävention" betrifft somit Maßnahmen zur Schadens-(Unfall-)vorbeugung bzw. -verhütung.

V Verknüpfung von Rehabilitation und Prävention

Rehabilitation und Prävention - letztere bezogen auf die gesellschaftliche Rolle und das Integrationsschicksal von noch nicht behinderten, aber bereits in ihrer gesundheitlichen Integrität bedrohten Personen - sind daher im Grunde genommen zwei verschiedene, strikt auseinanderzuhaltende Grundgedanken u.a. des Sozialrechts,[30] auch der ergonomischen Wissenschaft usw. Ihre begriffliche Umgrenzung muß an sich auf die Grenzziehung zwischen Behinderung und einer drohenden Behinderung zurückgehen. W e r t e n b r u c h [31] weist darauf hin, daß (bereits) die medizinische Abgrenzung von drohender und bestehender Behinderung im Einzelfall äußerst schwierig und dubios sein könne, wobei die Diagnose wegen der ständigen Verbesserung wissenschaftlicher Erkenntnisse morgen schon ganz anders lauten könne als heute.
Es ist sicherlich richtig, daß für den Mediziner körperliche, geistige und seelische Regelwidrigkeiten, welche Maßnahmen der Rehabilitation oder Prävention auslösen müssen, "Stadien ein und derselben krankhaften Entwicklung (sind) wie für den hiervon betroffenen Menschen, dem ohnehin gleichgültig ist, ob der Sozialrechtler die notwendigen Maßnahmen als solche

---

29 Vgl. Jantz a.a.O., S. 44.

30 Vgl. Wertenbruch "Sozialverwaltungsrecht" S. 341 f. m.w.N.; ders. "Rehabilitation" S. 136.

31 "Rehabilitation" S. 136.

der Prävention oder Rehabilitation ansieht".[32] Auch an dieser Stelle sei in juristischer Hinsicht folgendes angemerkt: Die Grenzziehung wird hier nur mittels einer allgemeinen Umschreibung möglich sein; bereits der Begriff der Behinderung im medizinischen Sinne kann nur von Krankheitsbildern bzw. Unfallschäden im konkreten Einzelfall ausgehen.
Rehabilitation und Prävention werden von sie bestimmenden Grundgedanken getragen, die gleichermaßen bedeutsam sind. Sie betreffen ein und dasselbe Fernziel, nämlich - allgemein gesehen - die Gesunderhaltung der Bevölkerung. Wenn man durch den Einsatz präventiver Maßnahmen einem komplizierten Eingliedern vorbeugen kann, so erscheint es vertretbar, hier rechtsbegriffliche Unterscheidungen zurücktreten zu lassen.[33]

Von seiner Bedeutung her muß das Schutzsystem der Rehabilitation durch präventive Wirkungen daher ergänzt werden. Überlegungen zur Eingliederung (Wiedereingliederung) Behinderter müssen damit gleichermaßen davon ausgehen, wie drohenden Behinderungen wirksam begegnet werden kann.[34] Daher ist es tunlich, die bisherige begriffliche Festlegung auf "berufliche Rehabilitation"[35] zu ergänzen: Sie umfaßt im künftigen Sprachgebrauch dieser Arbeit auch den Komplex "Prävention". Auch hier steht Prävention als Schlagwort, das die Sache (einen Prozeßverlauf) kennzeichnen und nicht etwa ein anspruchsbegründendes Tatbestandselement darstellen soll (hier müßten allerdings die Voraussetzungen einer präventiven Hilfe juristisch definiert werden können, wie z.B. bei "drohender" Behinderung). Freilich wird hierdurch die herkömmliche juristische Unterscheidung zwischen Rehabilitation und Prävention

---

32 Wertenbruch "Rehabilitation", S. 136.

33 Vgl. Wertenbruch wie Fn. 32.

34 Vgl. Wertenbruch "Sozialverfassung" S. 108; ders. "Sozialverwaltungsrecht" S. 360.

35 S.o. III, S. 16.

verwischt. Jedoch muß dies - wie W e r t e n b r u c h [36] zutreffend bemerkt - aus medizinischen und sozialrechtlichen Gründen, vor allem aus den aufgezeigten sachlichen Notwendigkeiten in Kauf genommen werden.

VI Ergebnis

Rehabilitationsmaßnahmen in diesem weiten Sinne gehören untrennbar[37] zu einem modernen System sozialer Sicherheit bzw. Sicherung, das seine Aufgabe nicht allein in einem materiellen Ausgleich von Schädigungsfolgen sieht. Vielmehr ist es auf das Ziel ausgerichtet, dem einzelnen die Entfaltung seiner Persönlichkeit in der Gesellschaft zu ermöglichen und zu sichern.[38] Deutlich erkennbar verfolgen sie das sozialpolitische Ziel, denjenigen Hilfen und Maßnahmen an Stelle einer Rente den Vorzug zu geben, die einerseits im Behinderten den Willen zur Selbsthilfe stärken und sie nach Möglichkeit wieder in ein objektiv und subjektiv sinnvolles Arbeitsleben eingliedern; ferner Hilfen, welche Arbeitnehmer, die von einer Behinderung bedroht sind, vor ihr schützen.
Dies klingt in einer früheren Entschließung des Deutschen Bundestages[39] an: Die Achtung vor der Würde der menschlichen Person erfordere die Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit in allen Fällen, in denen die körperliche Unversehrtheit beeinträchtigt sei. Der Bundestag bekenne sich "zu dem Vorrang einer Rehabilitation, welche die Heilbehandlung, die prothetische Versorgung sowie die Erlangung, Wiedergewährung, Besserung und Erhaltung der beruflichen Leistungsfähigkeit durch Ausbildung, Umschulung, Fortbildung und Sicherung des Arbeitsplatzes einschließlich der Wohnungs- und Erholungsfürsorge als einen einheitlichen Vorgang" umfasse. Die einzelnen Maß-

---

36 "Sozialverfassung" S. 107.

37 Vgl. z.B. H. Bogs "Sozialversicherung" S. 13.

38 Vgl. Entwurf zum RehaAnglG, Begründung Teil A 2 (BT-Drucks. 7/1237, S. 49).

39 3. Wahlperiode, 114. Sitzung vom 18.5.1960, S. 6504 D.

nahmen müssen organisch ineinandergreifen.[40]
Die Bezugnahmen auf "Achtung vor der Würde der menschlichen Person" und "Entfaltung der Persönlichkeit in der Gesellschaft"[41] bezeichnen gleichzeitig den hohen Rang der Rehabilitation, der ihr in dieser Weise beigemessen ist. Wenn in einer Gesellschaft soziales Ansehen, wirtschaftliche Lage und persönliche Entfaltungsmöglichkeiten in erster Linie vom Erfolg der individuellen Arbeitsleistung abhängen,[42] so kommt der integrierenden und den Schutz des sozialen Standortes[43] bewirkenden Funktion der Rehabilitation zudem eine hohe sozialethische Bedeutung zu.
Diese bedeutsamen Funktionen müssen sich besonders im beruflichen Lebensbereich bewähren, in dem einer wachsenden wirtschaftlichen Konzentration und fortschreitenden Technisierung und Automatisierung die soziale Abhängigkeit gerade der Behinderten und der von einer Behinderung konkret Bedrohten von Arbeitgebern gegenübersteht. Der eingangs grob umrissene, für diese Arbeit gewählte Untersuchungsbereich betrifft dies. Soziale Abhängigkeit, bezogen auf die Arbeitsplatzsicherung, wird mit dem zuvor festgelegten Arbeitsbegriff "berufliche Rehabilitation" ins Verhältnis gesetzt werden müssen. Der Untersuchungsbereich betrifft damit deren wichtige, sozialethisch fundierte Wertstellung und Vorrangstellung vor Geldleistungen. Er konzentriert sich auf die Auswirkungen dieser Positionen auf die Arbeitsplatzsicherung.

Indessen ist den Zielvorstellungen, die das RehaAnglG gemäß der allgemeinen Begründung seines Entwurfs leiten, und den

---

40 Diese Entschließung wurde am 22.1.1964 (4. Wahlperiode, 107. Sitzung S. 4992 D) inhaltlich gleich wiederholt. Der Bundestag greift den Gesichtspunkt der Prävention nicht ausdrücklich auf, jedoch deutet "Erhaltung der beruflichen Leistungsfähigkeit" auch diesen Gesichtspunkt an.

41 In der Begründung zum Entwurf des RehaAnglG, s.o. S. 19 Fn. 38.

42 Vgl. Scharmann a.a.O., S. 191.

43 Ähnlich H. Bogs "Sozialversicherung" S. 18.

Resolutionen des Bundestages nicht der juristisch exakte Beweis dafür zu entnehmen, daß die Rehabilitation damit auch im GG unmittelbar - etwa in Gestalt eines besonderen Persönlichkeitsrechtes - verbindlich gewährleistet ist. Abgesehen von einer konkreten Ableitung und rechtlich nachprüfbaren, verfassungsmäßigen Verankerung, die hier fehlen, handelt es sich bei den zitierten Resolutionen und der Begründung wohl um politische Absichtserklärungen.

Die begriffliche Grundlegung könnte den Eindruck vermitteln, als ob mit ihr ein wünschenswerter Sollzustand wirksamer Rehabilitationsmaßnahmen und -einrichtungen postuliert werde. Darum kann es jedoch nicht gehen.
Der charakteristische Inhalt der Rehabilitation hat zwar erwiesen, daß sie das Ergebnis einer geschichtlichen Entwicklung auf verschiedenen wissenschaftlichen Gebieten ist. Damit steht jedoch nicht fest, daß dieses Ergebnis statisch ist. Vielmehr werden - wie in der Vergangenheit - auch künftig veränderte wissenschaftliche Erkenntnisse sicherlich zu laufend sich verändernden Neuvorstellungen über die Rehabilitation führen.

2. Kapitel Die bedeutsamsten gesetzlichen Regelungen der Rehabilitation und Prävention ("Ist-Zustand")

Die für zutreffend erachtete Wortwahl "berufliche Rehabilitation" im weiten, auch die "Prävention" einschließenden Sinne stützt sich auf die enge Verklammerung beider Bereiche. Sie ist bereits aus außerrechtlichen Gründen kaum zu lösen, so daß eine rechtliche Trennung als willkürlich erscheinen würde.

Für den Gesetzgeber stellt sichbei der Normierung von Anspruchsvoraussetzungen und Leistungskatalogen jedoch die Frage, wie er bei einer im umfassenden Sinne verstandenen Rehabilitation zwar deren Ranggleichheit mit der Prävention textieren, jedoch auf diejenigen Unterschiede Rücksicht nehmen soll, welche in den einzelnen Zweigen der Sozialverwaltung bestehen.

Um dem nachgehen zu können, ist es zweckmäßig, bei der Darstellung der bedeutsamsten Rechtsgrundlagen nochmals zwischen Rehabilitation und Prävention zu trennen.

I Rehabilitation

1. Allgemeine Überlegungen

Wie oben[44] dargestellt, ist heute der Ausdruck eines nahtlos ablaufenden Rehabilitationsgeschehens zum Zwecke der Eingliederung Behinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft (Rehabilitation im engeren Sinne) begründet. Dem trägt § 1 I RehaAnglG Rechnung, indem er - wie aus der Begründung des Entwurfs des RehaAnglG[45] hervorgeht - darauf verzichtet, "das Wort 'Rehabilitation' mit den bisher vielfach üblichen Zusätzen medizinische, berufliche oder soziale Rehabilitation zu verwenden". Statt dessen legt er die Zielsetzung fest, daß medizinische, berufsfördernde und ergänzende Maßnahmen und Leistungen[46] "zur Rehabilitation"[47] darauf auszurichten sind, körperlich, geistig oder seelisch Behinderte möglichst auf Dauer in Arbeit, Beruf und Gesellschaft einzugliedern.
Zwar ist dieser Sprachgebrauch nicht einheitlich durchgehalten. So enthält § 119 I Nr. 3 AFG[48] für den Bezug von Arbeitslosengeld eine Sperrzeitregelung zum Nachteil eines Arbeitslosen, der sich trotz Belehrung über die Rechtsfolgen geweigert hat, "an einer Maßnahme zur beruflichen Rehabilitation"

---

44 1. Kapitel III S. 16.

45 BT-Drucks. 7/1237, Teil B zu § 1 I, S. 54.

46 "Maßnahmen" sind diejenigen Veranstaltungen, an denen der Behinderte auf Veranlassung und auf Kosten des Rehabilitationsträgers teilnimmt (z.B. Kur- oder Sanatoriumsaufenthalt, Umschulungslehrgang); "Leistungen" sind alle dem Behinderten im einzelnen gewährten Hilfen (z.B. Dienst-, Sach- und Geldleistungen), die während oder im Anschluß an eine Rehabilitationsmaßnahme erbracht werden (vgl. Begründung zum ERehaAnglG, BT-Drucks. 7/ 1237, Teil B zu § 1 I, S. 54).

47 Ebenso einleitend die Überschrift nach § 555 RVO (geändert durch § 21 Nr. 40 RehaAnglG); § 1235 Nr. 1 RVO n.F. (§ 21 Nr. 65 RehaAnglG); § 12 Nr. 1 AVG n.F. (§ 22 Nr. 4 RehaAnglG); § 34 Nr. 1 RKnG n.F. (§ 23 Nr. 3 RehaAnglG).

48 Geändert durch § 36 Nr. 14 RehaAnglG.

teilzunehmen, ohne für sein Verhalten einen wichtigen Grund zu haben.[49] Diese sprachliche Ungenauigkeit im Gesetzestext ist jedoch nicht überzubewerten. Vielmehr sollen durch die Änderung des § 119 I Nr. 3 AFG auch diejenigen Behinderten in die Sperrzeitregelung einbezogen werden, "deren Teilnahme an einer berufsfördernden Maßnahme zur Rehabilitation von einem anderen Rehabilitationsträger gefördert wird".[50] Ähnliches gilt auch für § 2 Nr. 4 AFG.[51]
Abgesehen von diesem uneinheitlichen Gesetzestext, ergibt sich weiter folgendes: Die gemäß § 1 I RehaAnglG programmatisch festgelegten medizinischen, berufsfördernden und ergänzenden Leistungen zur Rehabilitation sind in ihrer Vorrangstellung gegenüber Rentenleistungen[52] getrennt und jeweils näher ausgestaltet worden - wie sich sogleich zeigen wird. Indessen kann man hierin nicht etwa eine neuerliche begriffliche Aufspaltung der Rehabilitation sehen. Es liegt vielmehr auf der Hand, daß der Gesetzgeber aus gesetzestechnischer und systematischer Notwendigkeit die Anspruchsvoraussetzungen für grundsätzlich verschiedene Maßnahmen und Leistungen auch im Hinblick auf die verschiedenen Träger rehabilitativer Vorhaben textmäßig trennen mußte.

Bereits bei § 119 I Nr. 3 AFG zeigte sich, daß "berufsfördernde Maßnahmen zur Rehabilitation" mit "beruflicher Rehabilitation" gleichgesetzt wurde. Ähnlich ist es im Gesetzestext bei "medizinischen Maßnahmen zur Rehabilitation" (= medizinische Rehabilitation) und "ergänzende Maßnahmen zur Rehabilitation" (= soziale Rehabilitation).
Diese gesetzestechnisch und systematisch bedingte Aufteilung des vor wie nach in wertmäßiger Hinsicht einheitlichen Begriffs der Rehabilitation im engeren Sinne prägt damit zwangs-

---

49 Dagegen konsequent z.B. § 1241 g II RVO, neu geschaffen durch § 21 Nr. 71 RehaAnglG, der Reisekosten für im Regelfall eine Familienheimfahrt je Monat als Ermessensleistung für Teilnehmer "an einer berufsfördernden Maßnahme zur Rehabilitation" vorsieht.

50 So die Begründung DRehaAnglG, BT-Drucks. 7/1237 Teil B zu § 34 (andere Paragraphennumerierung) Nr. 14, S. 79.

51 "Die Maßnahmen nach diesem Gesetz haben insbesondere dazu beizutragen, daß die berufliche Eingliederung körperlich, geistig oder seelisch Behinderter gefördert wird."

52 § 7 RehaAnglG verankert diesen Grundsatz.

läufig den kursorischen Überblick über die bedeutendsten gesetzlichen Grundlagen unmittelbar. Sein Schwerpunkt wird entsprechend dem gestellten engeren Untersuchungsbereich auf den "berufsfördernden Maßnahmen und Leistungen zur Rehabilitation" liegen, für die der klassische Begriff "berufliche Rehabilitation" als Arbeitsbegriff steht.[53]
Der kursorische Überblick muß gerafft werden: es kommt nur darauf an, für den Hauptbereich dieser Untersuchung, der Arbeitsplatzsicherung, den Hintergrund aufzuzeigen.[54] Schließlich ist zur systematischen Stellung des RehaAnglG im Sozialrecht auf folgendes kurz hinzuweisen: Das RehaAnglG verfolgt als Ziel die Harmonisierung und Koordinierung des Rehabilitationsrechts. Diese Materie sieht innerhalb des - herkömmlich so bezeichneten - gegliederten Systems der sozialen Sicherheit oder Sicherung[55] ein Bündel von Maßnahmen und Leistungen zur Rehabilitation vor, deren Gewährung nicht einem eigenständigen Träger, etwa einer Bundesanstalt für Rehabilitation übertragen worden ist. Vielmehr ist das gegliederte System der Rehabilitation bisher aus einer Vielzahl von Leistungsnormen zusammengesetzt, die von zahlreichen Trägern z.B. der gesetzlichen Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung, der Bundesanstalt für Arbeit in teilweise sich überschneidenden Kompetenzen zu verwirklichen sind. Das RehaAnglG versucht hier den Schritt zu einer einheitlichen Ausrichtung der Maßnahmen und Leistungen und zur Überwindung der Schwierigkeiten, die sich aus einer Unterschiedlichkeit der Anspruchsvoraussetzungen und des Leistungsumfanges ergeben haben.

---

53 Dies gilt entsprechend für "medizinische" und "soziale Rehabilitation".

54 Vgl. 1. Kapitel I S. 9.

55 Vgl. zu diesem Begriff z.B. Bley SGb 1973, 479 ff. (479); W. Bogs "Verhandlungen" a.a.O., S. G 5 f. m.w.N.: Als "Sozialrecht" im engeren Sinne ist es "das Recht der öffentlichen sozialen Leistungen einschließlich der rechtlichen Ordnung der sie gewährenden Institutionen"; vgl. zur Charakterisierung des Modells der sozialen Sicherung auch die Sozialenquête, Rdnr. 308 ff.; Wertenbruch "Sozialverfassung" S. 34 unter Hinweis auf diesen auch im internationalen Bereich üblichen Sprachgebrauch.

Nach § 9 I RehaAnglG richten sich Voraussetzungen, Art und Umfang der Leistungen eines Rehabilitationsträgers und deren Sicherstellung zwar auch weiterhin nach den für ihn geltenden besonderen Rechtsvorschriften. So bleiben die einzelnen Leistungsgesetze (z.B. RVO, AVG, AFG, RKnG) verbindliche Rechtsgrundlagen für Leistungen; Ansprüche können aus dem Zweiten Abschnitt des RehaAnglG (Leistungen zur Rehabilitation) nicht hergeleitet werden.
§ 9 I RehaAnglG beschränkt sich aber auf die Normierung allgemein gültiger Verfahrensvorschriften und erklärt bestimmte Leistungsgrundsätze (§§ 10 bis 20 RehaAnglG), die er in die Einzelgesetze transformiert, für alle Rehabilitationsträger für verbindlich; in diesem Teil wirkt es praktisch als Rahmengesetz.[56]

2. Medizinische Rehabilitation

§ 10 RehaAnglG enthält die beispielhafte Aufzählung medizinischer Leistungen zur Rehabilitation, wie z.B. ärztliche und zahnärztliche Behandlung; Arznei- und Verbandmittel; Ausstattung mit Körperersatzstücken, orthopädischen und anderen Hilfsmitteln; Belastungserprobung und Arbeitstherapie. Sie dienen entsprechend der Zielrichtung in dieser Phase[57] dazu, eine Behinderung zu beseitigen, zu bessern oder eine Verschlimmerung zu verhüten. Kraft der Transformation enthalten verschiedene Einzelgesetze entsprechende Normen:
§ 182 I 1 RVO n.F. (Krankenpflege als eine der Formen der Krankenhilfe in der gesetzlichen Krankenversicherung)[58] und § 182 b RVO[59]; § 557 I RVO n.F.[60] i.V.m. § 556 I 1 RVO n.F., einer mit § 10 RehaAnglG vergleichbaren Grundsatznorm - das gilt auch für die nächsten Beispiele -[61] (medizinische Leistungen zur Rehabilitation in der gesetzlichen Unfallversiche-

---

56 Vgl. hierzu die Begründung zum ERehaAnglG BT-Drucks. 7/1237, Teil A 2, S. 49 f.; Bericht des BT-Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zu diesem Entwurf, BT-Drucks. 7/2256, II S. 2 f., III S. 3 und Antrag desselben Ausschusses hierzu, BT-Drucks. 7/2245 A, S. 1 (beides vom 12.6.1974).

57 Vgl. 1. Kapitel II 2 S. 12.

58 Geändert durch § 21 Nr. 5 RehaAnglG.

59 Eingefügt gem. § 21 Nr. 7, 60 Geä. durch § 21 Nr. 42.

61 Geä. durch § 21 Nr. 41.

rung mit der Bezeichnung "Heilbehandlung"); § 1237 RVO n.F.[62] i.V.m. § 1236 I RVO n.F.[63] in der Rentenversicherung der Arbeiter; § 14 AVG n.F.[64] i.V.m. § 13 I AVG n.F.[65] in der Rentenversicherung der Angestellten; § 36 RKnG n.F.[66] i.V.m. § 35 I RKnG n.F.[67] in der knappschaftlichen Rentenversicherung.

3. Berufliche Rehabilitation

Entsprechend der oben gekennzeichneten zweiten Stufe der Rehabilitation[68] zählt § 11 RehaAnglG einen nicht abgeschlossenen Katalog berufsfördernder Leistungen auf. Sie haben das Ziel, die Erwerbsfähigkeit des Behinderten entsprechend seiner Leistungsfähigkeit zu erhalten, zu bessern, herzustellen oder wiederherzustellen und ihn hierdurch möglichst auf Dauer beruflich einzugliedern.
Sie umfassen z.B. Hilfen zur Erhaltung und Erlangung eines Arbeitsplatzes; Berufsfindung und Arbeitserprobung; Berufsvorbereitung einschließlich einer wegen der Behinderung erforderlichen Grundausbildung; berufliche Anpassung, Fortbildung, Ausbildung und Umschulung einschließlich eines zur Teilnahme an diesen Maßnahmen erforderlichen schulischen Abschlusses; sonstige Hilfen zur Ermöglichung einer angemessenen und geeigneten Erwerbs- oder Berufstätigkeit u.a. auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt.

Diesem Ziel dient auch § 4 I SchwbG. Es verpflichtet private Arbeitgeber und Arbeitgeber der öffentlichen Hand, die über mindestens 16 Arbeitsplätze verfügen, in bestimmtem Umfange Schwerbehinderte (ihnen sind unter bestimmten Voraussetzungen gem. § 2 I SchwbG andere Behinderte gleichgestellt) zu beschäftigen. Damit erfüllt das SchwbG für die berufliche Rehabilitation eine wichtige Ergänzungsfunktion. Welche Bedeutung das SchwbG im System arbeitsplatzsichernder Maßnahmen hat, bedarf an späterer Stelle näherer Überlegungen.

---

62 Geä. durch § 21 Nr. 68. 63 Geä. durch § 21 Nr. 67.
64 Geä. durch § 22 Nr. 6. 65 Geä. durch § 22 Nr. 5.
66 Geä. durch § 23 Nr. 7. 67 Geä. durch § 23 Nr. 6.
68 Vgl. 1. Kapitel II 3 S. 12 f.

In der Begründung zum ERehaAnglG[69] tritt ein weiterer, wichtiger Aspekt hinzu: Die Aufgabe der Rehabilitation erschöpfe sich nicht darin, den früheren beruflichen und sozialen Status des Behinderten wiederherzustellen; eine vollwertige und dauerhafte Eingliederung sei nicht selten nur über einen beruflichen Aufstieg zu erreichen. Demzufolge sieht § 11 I Satz 3 RehaAnglG vor, daß die Hilfen auch zum beruflichen Aufstieg erbracht werden können. Berufliche und soziale Wiedereingliederung der Behinderten werden durch die Hilfen zum beruflichen Aufstieg in beachtlichem Maße postuliert: nicht nur Rückgewinnung des (verlorenen) beruflichen und sozialen Status, sondern auch deren Ausbau. Die besondere Bedeutung auch dieser Form der beruflichen Rehabilitation wird augenfällig, wenn man an das Verhältnis zwischen wachsender wirtschaftlicher Konzentration und fortschreitender Technisierung und Automatisierung einerseits und der sozialen Abhängigkeit gerade der auf soziale Chancengleichheit angewiesenen Behinderten andererseits denkt.[70]

Ihre "Startchancen" können durch eine Förderung des beruflichen Aufstiegs und dessen Voraussetzungen gesteigert werden und so mit einer "Verdichtung" des Arbeitsmarktes gleichziehen - mit einer Arbeitsmarktsituation, welche sich vielleicht während einer lang andauernden medizinischen Behandlung des Behinderten entwickelte und während der er keine Chance hatte, durch eigenen beruflichen Aufstieg Schritt zu halten.

Es dürfte der Ansicht des Gesetzgebers entsprechen (er folgte der politischen Absichtserklärung der Bundesregierung in deren Begründung), daß auch dieses gegenüber Geldleistungen vorrangige Ziel - wie die zusammengefaßten Ergebnisse bereits zeigen -[71] allgemein auf die verfassungsrechtliche Rangstelle

---

69 BT-Drucks. 7/1237, Teil B zu § 11 I, S. 57, übernommen vom BT-Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung in seinem diesbezüglichen Bericht, BT-Drucks. 7/2256, Teil III S. 3.

70 Vgl. 1. Kapitel VI S. 20 f.

71 1. Kapitel VI S. 19 ff.

der Art. 1 I, 2 I GG zurückführbar ist. Kraft der Transformationswirkung des § 9 I RehaAnglG beinhalten Einzelgesetze Parallelvorschriften:
§ 567 I RVO n.F.[72] i.V.m. § 556 I Nr. 2 RVO n.F., eine wiederum mit § 11 RehaAnglG vergleichbare Grundsatznorm[73] als Berufshilfe in der gesetzlichen Unfallversicherung; § 1237 a I RVO[74] i.V.m. § 1236 I RVO n.F.[75] in der Rentenversicherung der Arbeiter; § 14 a I AVG[76] i.V.m. § 13 I AVG n.F.[77]; § 36 a I RKnG[78] i.V.m. § 35 I RKnG n.F.[79] in der knappschaftlichen Rentenversicherung; § 56 I, II, 57 ff. AFG n.F.[80] in der Arbeitsförderung.

4. Soziale Rehabilitation

§ 12 RehaAnglG enthält einen abschließenden Katalog derjenigen Leistungen, die außer medizinischen und berufsfördernden Leistungen in Betracht kommen können. Es sind dies z.B. Übergangs- und Krankengeld; als Leistungen zur sozialen Sicherung während der Rehabilitation Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung sowie zur Bundesanstalt für Arbeit; Übernahme der erforderlichen Prüfungsgebühren, Kosten für Lernmittel, Arbeitskleidung und Arbeitsgerät, die mit einer berufsfördernden Leistung im unmittelbaren Zusammenhang stehen; Übernahme von Reisekosten; Behindertensport; Haushaltshilfe; sonstige Leistungen gem. § 20 RehaAnglG.

Durch die Verweisung auf § 20 RehaAnglG erfährt dieser geschlossene Katalog jedoch eine Ausweitung.[81] "Sonstige Leistungen" dienen danach unter Berücksichtigung von Art und Schwere der Behinderung dem Ziel, den vollen Effekt der Reha-

---

72 Geä. durch § 21 Nr. 50. 73 Geä. durch § 21 Nr. 41.
74 Eingefügt gem. § 21 Nr.69. 75 Geä. durch § 21 Nr. 67.
76 Eingef. gem. § 22 Nr. 7. 77 Geä. durch § 22 Nr. 5.
78 Eingef. gem. § 23 Nr. 8. 79 Geä. durch § 23 Nr. 6.
80 Neue Fassung und Einfügung gem. § 36 Nr. 4 bis 8.
81 Für die einzelnen Versicherungszweige ist diese Gruppe entweder in den Katalog ergänzender Leistungen eingearbeitet (so z.B. in der gesetzlichen Unfallversicherung und in der Arbeitsförderung) oder gesondert normiert (so z.B. in der Rentenversicherung der Arbeiter und Angestellten, in der knappschaftlichen Rentenversicherung).

bilitation zu erreichen. Naturgemäß können solche Leistungen nämlich nicht in einem abschließenden Katalog erfaßt werden. Sie sollen nach der gesetzgeberischen Vorstellung[82] nach pflichtgemäßem Ermessen des Rehabilitationsträgers und den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles gewährt werden. Nach der bisherigen Praxis gehe es insbesondere um technische Arbeitshilfen; Hilfen zum Beschaffen eines behinderungsbedingten Fahrzeugs; Hilfen zum Erwerb eines Führerscheins. Diese Leistungen, die nicht notwendigerweise erst nach Abschluß einer medizinischen oder beruflichen Maßnahme einsetzen müssen, werden von dem Gesichtspunkt geprägt, daß die Rehabilitation nicht schon mit dem Abschluß der einzelnen Maßnahmen endet, sondern erst mit der tatsächlichen und dauerhaften Wiedereingliederung.
Damit entsprechen sie dem oben[83] charakterisierten Ziel der in juristischer Hinsicht untechnisch beschriebenen Phase der sozialen Rehabilitation. Eine Wegweiserfunktion könnte hierbei vielleicht § 29 des Entwurfs eines Sozialgesetzbuches - Allgemeiner Teil - (ESGB - AT) erfüllen, der das soziale Recht der Behinderten auf Eingliederung (§ 10 des Entwurfs[84]) konkretisiert. Er sieht u.a. die Phase der "Leistungen zur allgemeinen sozialen Eingliederung" vor. Dies sind z.B. die Ermöglichung und Erleichterung der Verständigung mit der Umwelt; Verbesserung der wohnungsmäßigen Unterbringung; Hilfen zur Freizeitgestaltung und zur sonstigen Teilnahme am gesellschaftlichen und kulturellen Leben.
§ 9 I RehaAnglG führt durchweg nicht zu Parallelvorschriften in den Einzelgesetzen. Das liegt an den wesensmäßig und

---

82 Vgl. hierzu die Begründung zum Entwurf des RehaAnglG, BT-Drucks. 7/1237, Teil B zu § 20, S. 62.

83 1. Kapitel II 4, S. 13 f.

84 Vgl. hierzu 1. Kapitel II 4, S. 14.

strukturell unterschiedlichen Aufgaben der einzelnen Versicherungszweige.[85] Es bestehen dort jeweils individuell angepaßte Vorschriften über ergänzende Leistungen zur Rehabilitation, und zwar jeweils ausschnittweise nach § 12 RehaAnglG: §§ 193 f. RVO n.F.[86] in der gesetzlichen Krankenversicherung (Förderung und Übernahme der Kosten des Behindertensports und im Ergebnis die "sonstigen Leistungen" des § 12 RehaAnglG); §§ 569 a, 569 b RVO[87] in der gesetzlichen Unfallversicherung als ergänzende Leistungen zur Heilbehandlung und Berufshilfe (Gewährung von Übergangsgeld; Übernahme von Prüfungs- und ähnlichen Gebühren und Kosten wie Reisekosten; Behindertensport; Haushaltshilfe; sonstige Leistungen); § 1237 b I RVO[88] i.V.m. § 1236 I RVO n.F. in der gesetzlichen Rentenversicherung (Leistungen wie in der Unfallversicherung); § 14 b I AVG[89] i.V.m. § 13 I AVG n.F. in der Rentenversicherung der Angestellten (Leistungen wie in der Unfallversicherung); § 36 b I RKnG[90] i.V.m. § 35 I RKnG n.F. in der knappschaftlichen Rentenversicherung (Leistungen wie in der Unfallversicherung); §§ 56 III, 57 ff. AFG[91] in der Arbeitsförderung (Übergangsgeld; Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung; Ausbildungszuschüsse an Arbeitgeber, wenn die Maßnahme im Betrieb durchgeführt wird; Übernahme von Fahr-, Verpflegungs- und Übernachtungskosten; Haushaltshilfe; sonstige Leistungen; ausgenommen ist der Behindertensport).

---

85 So sieht § 12 Nr. 2 RehaAnglG als ergänzende Leistungen u.a. die Übernahme von Beiträgen zur gesetzlichen Krankenversicherung vor; ist eine Krankenkasse selbst Rehabilitationsträger, so erbringt sie diese Leistungen nicht; das ergibt sich aus § 381 I 1 RVO i.V.m. § 165 I RVO n.F.

86 Geä. durch § 21 Nr. 14. 87 Eingef. gem. § 21 Nr. 53.

88 Eingef. gem. § 21 Nr. 69. 89 Eingef. gem. § 22 Nr. 7.

90 Eingef. gem. § 23 Nr. 8.

91 Neue Fassung und Einfügung gem. § 36 Nr. 4 bis 8.

II Prävention

Im Interesse einer klaren, systematischen Übersicht über die gesetzlich vorgesehenen Leistungen zur Rehabilitation hat die kursorische Zusammenfassung der bedeutsamsten Normen des Rehabilitationsrechts schadensverhütende, also präventiv wirkende Leistungen bisher ausgespart. Um das Schutzsystem der Rehabilitation zu vervollständigen, kommt jedoch auch diesem Regelungsbereich eine wichtige Aufgabe zu.[92] Zu diesem Zweck legt § 1 II RehaAnglG fest, daß den Behinderten bei der Anwendung dieses Gesetzes diejenigen Personen gleichstehen, denen eine Behinderung droht. Im Entwurf des RehaAnglG[93] wird der oben beschriebenen sachlichen Notwendigkeit einer Verknüpfung von Rehabilitation und Prävention[94] auch für die Rechtspraxis Rechnung getragen. Es heißt dort, daß man unter Rehabilitation im weiteren Sinne heute auch alle diejenigen Maßnahmen verstehe, die einer drohenden Behinderung vorbeugen, im eigentlichen Sprachgebrauch also Maßnahmen der Prävention sind.

In den durchzügig normierten Leistungskatalogen ist daher von Prävention ausdrücklich nicht die Rede, sondern dieser Bereich ist dort jeweils eingearbeitet worden. Das schlägt sich in den beispielhaft aufgezählten Rechtsvorschriften in der folgenden Weise nieder, wobei nur für diesen kursorischen Überblick medizinische, berufliche und soziale Prävention - dem Gesetzesaufbau folgend - wiederum als Schlagworte benutzt werden mögen.

1. Medizinische Prävention

Nach § 10 RehaAnglG sollen die medizinischen Leistungen zur Rehabilitation[95] (im weiten Sinne) auch diejenigen Hilfen umfassen, die erforderlich sind, um einer drohenden Behinderung

---

92 Vgl. 1. Kapitel V, S. 16 ff.

93 BT-Drucks. 7/1237, Teil B zu § 1 II, S. 54.

94 Vgl. 1. Kapitel V, S. 17 f.

95 Vgl. 2. Kapitel I 2, S. 25 f.

vorzubeugen. Der dort nicht als abschließend aufgeführte Leistungskatalog gilt hierfür unverändert. In der gesetzlichen Krankenversicherung erfüllen die Vorschriften über "Maßnahmen zur Früherkennung von Krankheiten" (§§ 181, 181 b RVO) schon vor dem Inkrafttreten des RehaAnglG eine präventive Funktion, ferner §§ 187 Nr. 4 (Maßnahmen zur Verhütung von Erkrankungen der einzelnen Kassenmitglieder, fakultativ nach Satzung), 363 RVO (Mittelverwendung für Zwecke der besonderen oder allgemeinen Krankheitsverhütung im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe der Krankenversicherung).
Zusätzliche vorbeugend wirkende Leistungen bei einer drohenden Behinderung (z.B. Körperersatzstücke, orthopädische und andere Hilfsmittel) sieht § 182 b RVO[96] vor. Ähnlichen Aufgaben dienen vor allem die §§ 708 ff., 801, 865 ff. RVO über die Unfallverhütung in der gesetzlichen Unfallversicherung. § 1236 I RVO n.F. sieht medizinische Leistungen auch dann vor, wenn die Erwerbsfähigkeit eines Versicherten gefährdet ist; der Leistungskatalog gem. § 1237 RVO n.F. (§ 10 RehaAnglG) gilt auch hierfür. Ebenso ist es in der Rentenversicherung der Angestellten (§ 13 I AVG n.F. mit § 14 AVG n.F.) und in der knappschaftlichen Rentenversicherung (§ 35 I RKnG n.F. mit § 36 RKnG n.F.).

2. Berufliche Prävention

§ 11 RehaAnglG i.V.m. der Gleichstellungsvorschrift gem. § 1 II RehaAnglG sieht vor, daß berufsfördernde Leistungen zur Rehabilitation[97] (im weiten Sinne) auch Personen zustehen sollen, die in ihrer Erwerbsfähigkeit bedroht sind.
Diese Rahmenvorschriften beeinflussen damit ebenfalls die Leistungskataloge in den beispielhaft genannten Versicherungszweigen: § 567 I RVO n.F. (z.B. gemäß dessen Ziffer 1 Hilfen zur Erhaltung des Arbeitsplatzes) als Berufshilfe in der gesetzlichen Unfallversicherung; ebenso § 1237 a RVO n.F. mit

96 Eingef. gem. § 21 Nr. 7.
97 S.o. 2. Kapitel I 3, S. 26 ff.

§ 1236I RVO nF.in der Rentenversicherung der Arbeiter;§ 14 a mit § 13 I AVG n.F. in der Rentenversicherung der Angestellten; § 36 a I RKnG i.V.m. § 35 I RKnG n.F. in der knappschaftlichen Rentenversicherung; §§ 56 I, II, 57 ff. AFG in der Arbeitsförderung.

3. Soziale Prävention

Auch dieses Gebiet der ergänzenden Leistungen[98] zur Rehabilitation im umfassenden Sinne begünstigt Personen, die von einer Behinderung bedroht sind, im Rahmen der Soll-Vorschrift des § 12 RehaAnglG i.V.m. § 1 II RehaAnglG. Als ergänzende Leistungen mit präventivem Ziel kommen dabei gem. § 193 RVO n.F. in der gesetzlichen Krankenversicherung der Behindertensport und die sonstigen Leistungen aus dem Katalog des § 12 RehaAnglG in Betracht.

Dieser Ausschnitt ist wiederum auf die wesensmäßigen und strukturell unterschiedlichen Aufgaben der Sozialleistungsträger zurückzuführen.[99] Das gilt auch für die gesetzliche Unfallversicherung (§§ 569 a, b RVO n.F. mit dem Leistungskatalog gem. § 12 RehaAnglG; ausgenommen sind Krankengeld und die Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung und zur Bundesanstalt für Arbeit); für die Rentenversicherung der Arbeiter (§ 1237 b I RVO mit § 1236 I RVO n.F.; ausgenommen sind hier ebenfalls die in der Unfallversicherung ausgeklammerten Leistungen); für die Rentenversicherung der Angestellten (§ 14 b I AVG mit § 13 I AVG n.F.; ausgenommen sind Leistungen wie in der Unfallversicherung); für die knappschaftliche Rentenversicherung (§ 36 b I RKnG i.V.m. § 35 I RKnG n.F.; Leistungsbeschränkung wie in der Unfallversicherung); für die Arbeitsförderung (§§ 56 III, 57 ff. AFG; dieser Leistungskatalog entspricht für den Bereich präventiver Vorhaben § 12 RehaAnglG, wobei jedoch der Behindertensport ausgenommen ist).

---

98 Vgl. oben 2. Kapitel I 4, S. 28 ff.

99 Vgl. so schon 2. Kapitel I 4, S. 29 unten, 30 oben.

III Zusammenfassung

Die vielleicht bedeutsamsten Normen des Rehabilitationsrechts im weiten Sinne (2. Kapitel) spiegeln die sachlichen Inhaltsbeschreibungen der einzelnen Rehabilitationsphasen (1. Kapitel) wieder.

Gleichzeitig zeigen sie - abgesehen vom Grundsatz: "Vorrang der Rehabilitation vor Rente" - ein ausgewogenes Verhältnis von Behandlungsmaßnahmen im eigentlichen Sinne und von Geldleistungen zur sozialen Sicherung (wie z.B. Übergangsgeld, Kranken-, Unfall- und Rentenversicherungsbeiträge), die diese Behandlungsmaßnahmen ermöglichen, unterstützen und ergänzen.

Beides zielt auf die vollständige Eingliederung der Behinderten in Arbeit, Beruf und Gesellschaft (vom zeitlichen Standpunkt des Behinderungseintritts aus betrachtet) bzw. auf die Abwendung der Gefährdung (vom zeitlichen Standpunkt des Gefährdungseintritts aus betrachtet). Schwerpunkt dieser Normregelung ist dabei entsprechend des sachlichen Ziels der Rehabilitation der Eingliederungseffekt. Er muß möglichst optimal erreicht werden und u.U. sogar in einem beruflichen Aufstieg bestehen, ferner die Vorsorge vor Behinderungen umfassen.

Dies ist nach den politischen Absichtserklärungen am verfassungsrechtlich gewährleisteten Schutz der Menschenwürde und an der freien Entfaltung der Persönlichkeit ausgerichtet, wenngleich aus den Erklärungen noch keine konkreten verfassungsrechtlichen Schlußfolgerungen gezogen werden können.

Schwerpunkt dieser Untersuchung ist daher die Arbeitsplatzsicherung. Es kommt darauf an, inwieweit die Chance der medizinisch rehabilitierten und der nach Abschluß medizinischer Maßnahmen noch behinderten Stellenbewerber, einen Arbeitsplatz zu erhalten, rechtlich ausgebaut ist. Ferner kommt es darauf an, wie eine möglichst effektive berufliche Schadensvorsorge in diesem Zusammenhang sichergestellt werden kann. In diesem Punkt wird sich die Untersuchung zweierlei zuwenden: inwieweit der Schutz gesunder Arbeitnehmer vor Behinde-

rungen und der Schutz beruflich eingegliederter Arbeitnehmer vor erneuten Behinderungen rechtlich gewährleistet ist.

IV Ergänzende Anmerkungen

1. Keine absolute Angleichung der Rehabilitationsleistungen innerhalb der Sozialleistungsbereiche

Das vom Rehabilitationsangleichungsgesetz verfolgte Ziel einer Harmonisierung und Koordinierung des Rehabilitationsrechts ist nur bedingt erreicht. Das Leistungsrecht der einzelnen Träger der Rehabilitation beruht auf grundlegend unterschiedlichen Prinzipien der einzelnen Sozialleistungszweige. Sie hat das RehaAnglG in einem wesentlichen Punkt nicht angetastet, so daß auch künftig - wie auch K o n s t a n t y und S c h m i d t [100] meinen - im Leistungsbild dieser Träger Abweichungen entstehen werden.

Vor allem gilt dies für diejenigen Rechtsvorschriften, die sich mit den Leistungsvoraussetzungen befassen. So sind die Rehabilitationsleistungen in den gesetzlichen Rentenversicherungen Ermessensleistungen (§§ 1236 I RVO, 13 I AVG, 35 RKnG), während die Leistungen in der gesetzlichen Unfallversicherung (§ 556 ff. RVO) auf Grund eines Rechtsanspruchs zu erbringen sind.
Indessen kann diese Frage im Rahmen des gestellten Untersuchungsbereichs nicht vertieft werden. Dies erforderte eine Systemanalyse des gesamten Sozialversicherungsrechts. Sie müßte berücksichtigen, daß die Verankerung einer absoluten Leistungsverpflichtung in der gesetzlichen Unfallversicherung eine Folge deren Charakters als haftungsübernehmender Sozialversicherungszweig ist, der im Gegensatz zu den gesetzlichen Rentenversicherungen steht.
Der BT-Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung hat in seinem Bericht zum ERehaAnglG[101] in diesem Zusammenhang anerkannt,

---

100 A.a.O. S. 7.

101 BT-Drucks. 7/2256, Teil II, S. 2.

daß eine absolute Angleichung der Rehabilitationsleistungen innerhalb der Sozialleistungsbereiche nur schrittweise zu erreichen sei. Das ist nach seiner Ansicht darauf zurückzuführen, daß "die in den einzelnen Leistungsbereichen historisch entstandenen Strukturen nicht ohne weiteres beseitigt werden können".

2. Fehlen der institutionellen Sicherung der Rehabilitation

Auf einen weiteren Punkt sei hingewiesen: Im RehaAnglG fehlen Bestimmungen über die institutionelle Sicherung der Rehabilitation. Es liegt auf der Hand, daß die Inanspruchnahme individueller Leistungen zur Rehabilitation vor allem voraussetzt, daß entsprechende Einrichtungen bestehen, die sie ermöglichen. Demzufolge ist daran zu denken, den institutionellen Bereich für Rehabilitationsmaßnahmen ähnlich zu sichern, wie es in §§ 52 ff. SchwbG vorgesehen ist.[102]
Die dort vorgesehene "Werkstatt für Behinderte" ist eine Einrichtung zur Eingliederung Behinderter in das Arbeitsleben; "sie bietet Behinderten, die wegen Art oder Schwere der Behinderung nicht, noch nicht oder noch nicht wieder auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt tätig sein können, einen Arbeitsplatz oder Gelegenheit zur Ausübung einer geeigneten Tätigkeit" (§ 52 I SchwbG), insbesondere für Arbeitstraining.

Es würde dem Ziel einer einheitlichen Rehabilitationspraxis entsprechen, wenn Einzelheiten darüber normiert werden würden, welche Arten von Rehabilitationseinrichtungen geschaffen werden müssen; welche Anforderungen an Personal und Ausstattung zu stellen sind; wessen Aufgabe es ist, die Einrichtungen zu errichten.[103/104]

---

102 Vgl. auch § 61 AFG zur Förderung von Werkstätten für Behinderte durch die Bundesanstalt für Arbeit; hierfür gilt § 50 AFG (Voraussetzung und Umfang der institutionellen Förderung der beruflichen Bildung) entsprechend.

103 Vgl. hierzu Grupp a.a.O. S. 339.

104 §§ 52 ff. SchwbG sehen für Werkstätten für Behinderte, die Vergünstigungen in Anspruch nehmen wollen (Aufträge der öffentlichen Hand), ein Anerkennungsverfahren vor, das sich auf deren fachliche Qualifikation bezieht.

In der Praxis sind von den Leistungsträgern und den Trägern der freien Wohlfahrtspflege in Zusammenarbeit mit der Bundesregierung allerdings erhebliche Anstrengungen zur Schaffung regionaler und überregionaler Rehabilitationseinrichtungen und -zentren auf freiwilliger Basis unternommen worden;[105/106] der Sozialbericht 1973[107] stellt in diesem Zusammenhang fest, daß die in der Bundesrepublik vorhandenen Einrichtungen zur beruflichen Rehabilitation nicht ausreichen, um alle Behinderten, die einer Ausbildung oder Umschulung in einer überbetrieblichen Einrichtung bedürfen, aufzunehmen.[108] So ist es weiterhin Aufgabe der Rehabilitationspraxis, entsprechende Einrichtungen im Interesse der Effektivität der Rehabilitation bereitzustellen. Der Deutsche Bundestag hat bei der Verabschiedung des RehaAnglG auf Antrag des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung[109] eine Entschließung gefaßt, in der die Bundesregierung aufgefordert wird, ihm (bis zum 31.12.1975) an Hand einer Reihe von Fragen über die Verbesserung des institutionellen Bereichs zu berichten.

3. Fehlen einer Definition von "Behinderung" bzw. "drohende Behinderung"

Schließlich erscheint bei dem kursorischen Überblick über die bedeutsamsten Teile des Rehabilitationsrechts ein weiterer Aspekt bemerkenswert.

---

105 Vgl. hierzu statt vieler Berichte Grupp a.a.O., S. 339 ff.; Aktionsprogramm der Bundesregierung zur Förderung der Rehabilitation der Behinderten, BKK 1970, 159 ff.

106 Auch zeitlich vor der Regelung bezüglich der Werkstätten für Behinderte im SchwbG sind in der Praxis solche Werkstätten auf freiwilliger Basis eingerichtet worden; vgl. hierzu den interdisziplinären Beitrag des Instituts für Sozialrecht an der Ruhr-Universität Bochum "Die Werkstatt für Behinderte", 1972.

107 BT-Drucks. 7/1167 vom 25.10.1973, Tz. 144.

108 Vgl. hierzu näher die Tz. 144 bis 149.

109 BT-Drucks. 7/2245 und 7/2256, Teil II, S. 3.

Ebenso, wie sich "Rehabilitation" einer exakten juristischen Definition entzieht und im RehaAnglG nicht definiert ist, ist auch der Begriff "Behinderung" bzw. "drohende Behinderung" nicht festgelegt.[110] Demzufolge wird es Aufgabe der Praxis, speziell der Rechtsprechung sein, ihn auszulegen. Dabei kommt allenfalls eine allgemeine begriffliche Umschreibung in Betracht.[111] Hierbei liegt es nahe, von der erörterten Aufgabenstellung der Rehabilitation auszugehen. Daher könnte man der Ansicht sein, daß eine Behinderung den Berechtigten infolge eines regelwidrigen körperlichen, seelischen oder geistigen Zustandes nicht nur vorübergehend[112] von einer Tätigkeit oder Berufsausübung oder von der Teilnahme am gesellschaftlichen Leben ausschließt, diese Nachteile aber durch besondere Hilfen - zumindest teilweise - überwindbar sind.

Demzufolge "droht" Berechtigten eine Behinderung, wenn diese Nachteile ohne Rehabilitationsmaßnahmen wahrscheinlich eintreten werden.[113] Hierbei wird es zweifellos auch auf die ärztliche Erkenntnis ankommen.

3. Kapitel Aktuelle materiell-rechtliche und verfassungsrechtliche Verbindung von Arbeits- und Sozialrecht (Rehabilitationsrecht)

I Verklammerung von Sozialrecht und Arbeitsrecht

Mit der gesetzlichen Verankerung und Umgestaltung des Rehabilitationsrechts im Sozialrecht ist sicherlich kein Endzustand im streng philosophischen Sinne festgeschrieben. Vielmehr ist aus dem Wesen der Rehabilitation auch künftig eine wichtige Impulswirkung auf das Sozialrecht zu erwarten. Es wird sich dem dann anpassen müssen.

---

110 Vgl. oben 1. Kapitel V, S. 21.

111 Vgl. oben 1. Kapitel V, S. 18.

112 Vgl. zu diesem Teil auch § 39 I BSHG (Eingliederungshilfe für Behinderte).

113 Vgl. in diesem Sinne auch das Rundschreiben des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung vom 5.3.1975 an die Arbeitsminister und Senatoren für Arbeit der Länder, BVBl. 1975, 46 ff. (47).

Gleichzeitig mit der gesetzlichen Regelung des Rehabilitationsrechts ist der sozialen Schutz- und Existenzsicherungsfunktion des Sozialrechts[114] im Grunde genommen die Verwirklichung einer konkreten sozialpolitischen Ordnungsvorstellung zur Pflicht gemacht. Sie strebt vornehmlich die Eingliederung Behinderter und den Schutz von Personen vor Behinderung dadurch an, daß sie die wichtigste existentielle Voraussetzung eines sozialen Standorts, einen Arbeitsplatz, sichert.

Das Sozialrecht ist jedoch aus begreiflichen Gründen in seinen Funktionen beschränkt. Gerade in Fragen der Arbeitsplatzsicherung setzt eine Realisierung hierauf bezogener sozialpolitischer Aktivitäten eine gesetzliche Eingriffsermächtigung des Staates in die arbeitsvertraglichen Beziehungen voraus. Sie besitzt das Sozialrecht nicht. Dies ist vielmehr Aufgabe des Arbeitsrechts.
Dessen soziale Schutzfunktion ist damit mit den Funktionen des Sozialrechts eng verklammert. Die zivilrechtlich normierten Rechtssätze und das in Wissenschaft und Praxis herausgebildete verbindliche Richterrecht einerseits, die öffentlichrechtlichen Arbeitsschutzvorschriften andererseits haben hier die Aufgabe, im Rahmen ihres Systems zur Verwirklichung sozialpolitischer Ordnungsvorstellungen beizutragen. Eindeutige Beispiele belegen diese Funktion des Arbeitsrechts, z.B. bezogen auf den Arbeitsplatzschutz: zugunsten der Schwerbehinderten durch den verstärkten Kündigungsschutz gem. § 12 SchwbG; zugunsten werdender Mütter und Wöchnerinnen durch das grundsätzliche Kündigungsverbot gem. § 9 MuschG. Im Rehabilitationsrecht als einer speziellen Materie des Sozialrechts wird dieser Anknüpfungspunkt zwischen Sozialrecht und Arbeitsrecht deutlich: Rehabilitationspläne und -maßnahmen würden das gesetzte Ziel eines möglichst optimalen Schutz- und Eingliederungseffektes allein nicht erreichen können, wenn sie nicht gleichzeitig von arbeitsrechtlichen Überlegungen ergänzt werden würden.

---

114 Vgl. hierzu z.B. Müller, RdA 1966, 289 ff. (294); Wannagat in der Festschrift für Werner Weber a.a.O. S. 823.

Diese müssen sich, transponiert man den Gedanken der Eingliederung in Arbeit, Beruf und Gesellschaft ins individuelle Arbeitsrecht, auf die Frage richten, welche tatsächlichen Möglichkeiten anerkannt sind, damit Behinderte Arbeitsplätze erlangen bzw. - aus dem umfassenden Schutzgedanken der beruflichen Rehabilitation heraus - behalten können. Wenn man die Notwendigkeit einer umfassenden Rehabilitation anerkennt, stellt sich zwangsläufig und konsequenterweise diese Frage; sie steht gleichsam auf der nächsten, vielleicht der letzten und entscheidendsten Stufe auf dem Weg zur Eingliederung: Es geht in der wichtigsten Problemstellung dieser Arbeit darum, wie die Beziehungen der medizinisch Rehabilitierten und derjenigen Behinderten zur Arbeitswelt gestaltet sind, die nach den Behandlungen mit einem nicht behebbaren Behinderungsrest belastet sind.

Aber nicht nur die zivilrechtlich normierten Rechtssätze in Wissenschaft und Praxis einerseits, die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften andererseits erfüllen die soziale Schutzfunktion des Arbeitsrechts.[115] Das hieße, es als statisches Rechtsgebiet zu verstehen. Vielmehr empfängt das nicht kodifizierte Arbeitsrecht aus Wissenschaft und Praxis ständig Impulse zu einer Auslegung bestehender Rechtsnormen und -regeln, zu einer gesetzesimmanenten, aber auch zu einer gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung durch die Gerichte. Diese Aspekte umgrenzen die Problemstellung der beruflichen Rehabilitation von einer weiteren Seite.

II Im besonderen: Verklammerung von Arbeitsrecht und Verfassungsrecht

1. Arbeitsrecht und Grundrechte

Das Arbeitsrecht ist in verschiedener Weise mit Grundrechten verflochten. So garantiert Art. 12 I 1 GG die freie Wahl des Arbeitsplatzes; Art. 12 II bis IV GG garantiert mit dem grund-

---

115 Vgl. hierzu z.B. Farthmann JuS 1964, S. 141 ff. (145); Gamillscheg in der Festschrift für Hans Schmitz Bd. I, a.a.O. S. 75 (Gleichsetzung von sozialem Schutzprinzip und Sozialstaatsklausel des GG); Hueck bei Hueck/Nipperdey, Lb. Bd. I, § 7 I,S. 326; § 48 I 1, S. 391 Fn. 6; Nikisch, Lb. Bd. I, § 5 I,S. 30.

sätzlichen Verbot von Zwangsarbeit und Dienstverpflichtungen die Existenz eines freiheitlichen Arbeitsrechts; Art. 9 III GG gewährleistet auf dem Gebiet des kollektiven Arbeitsrechts die Möglichkeit, auf dieser Ebene Arbeitsbedingungen auszuhandeln.

Das weitere Beispiel des § 1 I TVG zeigt, daß das Arbeitsrecht nicht nur an diese "arbeitsrechtlichen" Grundrechte gebunden ist. Nach der fast einhelligen Meinung im Schrifttum[116] und nach der Rechtsprechung[117] müssen Tarifvertragsnormen, denen § 1 I TVG Rechtsnormqualität verliehen hat, an den Grundrechten gemessen werden und demzufolge u.a. den Grundsatz der Lohngleichheit zwischen Mann und Frau gem. Art. 3 II GG sichern. Die Verklammerung des Arbeitsrechts beeinflußt darüber hinaus vor allem die Ausgestaltung der individualarbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Freilich ist dies in diesem umfassenden Bedeutungssinn nicht unbestritten geblieben.[118] Die diesbezügliche Diskussion ist unter dem Stichwort "Drittwirkung der Grundrechte" geführt worden.
Um nun - gemäß der wichtigsten Problemstellung dieser Arbeit - beurteilen zu können, ob die Einwirkung der Grundrechte ins Arbeitsrecht auch die Situation von medizinisch Rehabilitierten und von Behinderten mit einem nichtbehebbaren Behinderungsrest im Interesse eines möglichst optimalen Eingliederungseffektes gestaltet, kommt es auf die Drittwirkungslage an.
Angesichts einer festen Rechtspraxis auf dem Gebiete der Grundrechtsgeltung im Arbeitsrecht soll der Schwerpunkt der folgenden Überlegungen nicht auf den sehr umfangreichen verfassungsrechtlichen und privatrechtlichen Diskussionsbeiträgen zur Drittwirkungsfrage gelegt werden. Vielmehr sollen die Kern-

---

116 Vgl. z.B. Gamillscheg AcP 164, 385 ff. (399 f.) m.w.N.; Hueck bei Hueck/Nipperdey, Lb. Bd. I, § 40 III 7, S. 284; Nikisch, Lb. Bd. I, § 29 VI 2, S. 352; Nipperdey bei Hueck/Nipperdey, Lb. Bd. II/1, § 19 A II 1 b, S. 375 ff. mit Hinweis auf die Gegenstimmen auf S. 376, Fn. 25; Söllner, Lb., § 6 III 1, S. 39.

117 BAG AP Nr. 4, 6, 7, 16, 17, 18, 68, 70, 87 zu Art. 3 GG.

118 Art. 9 III GG - Koalitionsfreiheit - ist ausgenommen.

gedanken aufgenommen werden, weil sie zu einer wichtigen verfassungsrechtlichen Fortentwicklung führten. Sie stehen mit den oben[119] vorerst nur skizzierten Überlegungen zu den tatsächlichen Bedingungen der individuellen Freiheit im Zusammenhang und knüpfen an den geschichtlich zu erklärenden Bedeutungswandel der Grundrechte an.

Es liegt auf der Hand, daß spezifisch arbeitsrechtliche Lösungswege hieraus ableitbar sein könnten. Um auch bei dieser Fragestellung eine nicht notwendige Ausweitung der Problematik zu vermeiden, die mit der Chance behinderter Stellenbewerber bei der Arbeitsplatzsuche unmittelbar nichts zu tun hat, beziehen sich die folgenden Überlegungen nur auf die Privatautonomie und eines ihrer Elemente, der Abschlußfreiheit. Sie ist nach weit überwiegender Meinung durch Art. 2 I GG gewährleistet.[120]

Bei der hierauf bezogenen Diskussion um die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht (Arbeitsrecht) geht es nun um die Konstruktion einer Drittwirkung, und zwar darum, ob Grundrechte mittelbar oder unmittelbar im Privatrecht gelten.[121]

---

119 Einleitung I 2 c, S. 3 ff.

120 Vgl. Enneccerus/Nipperdey, Lb. AT Bd. 1, 1. Halbbd. § 15 II 1, S. 78; Erman/Hefermehl vor § 145 Rdnr. 16; Erman/Sirp Einl. § 241 Rdnr. 12 m.w.N.; Fikentscher, Lb., § 1 IV 7, S. 8, § 11/3, S. 41, § 21 II, S. 72; Flume "Rechtsgeschäft", § 1/10 a, S. 19; ders. "Rechtsgeschäft und Privatautonomie" a.a.O., S. 137; Frey AuR 1961, 368 ff. (373); Huber DÖV 1956, 138; ders. "Wirtschaftsverwaltungsrecht I", S. 388, 661; Larenz, Lb. AT, § 4 III, S. 62; BVerfG E 8, 274 ff. (328); BAG E 1, 258 ff. (268, 270); BVerwG NJW 1955, 962 ff. (963); BVerwG E 1, 321 ff. (323).

121 Die folgenden Ausführungen gehen davon aus, daß Grundrechte im Ergebnis jedenfalls ins Arbeitsrecht einwirken. Zu prüfen ist nur, welche Konsequenzen sich nach der einen oder anderen Meinungsgruppe für die berufliche Rehabilitation ergeben.
Unberücksichtigt bleibt die verschiedentlich vertretene Ablehnung jeder Drittwirkung von Grundrechten. Sie hat sich nicht durchgesetzt (vgl. hierzu Nipperdey bei Hueck/Nipperdey, Lb. Bd. II/1, § 19 A II, S. 373 mit Fn. 15 m.w.N.) und wird im Arbeitsrecht, soweit ersichtlich, nicht vertreten.

a) Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht (Arbeitsrecht)

Der sachliche Problembereich der Grundrechts-Drittwirkung liegt im Grunde genommen im Spannungsfeld zwischen der an sich unantastbaren Privatautonomie einerseits und der diese Privatautonomie beeinflussenden Wirkungskraft der Grundrechte im Privatrecht andererseits.
So wendet sich F l u m e [122] gegen die Richtigkeit der Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte. Es habe dieser Lehre nicht bedurft. Die Wertungen des GG würden auch für die Privatrechtsordnung gelten, sie hätten auch seit jeher und auch ohne GG gegolten: Weil durch ein Rechtsgeschäft nur derjenige gebunden werde, der in Selbstbestimmung die Regelung setzt, könnten in beschränktem Maße hinsichtlich der Werte, deren Verwirklichung die Grundrechtsnormen dienen, durch Rechtsgeschäft auch Bindungen begründet werden, welche dem einzelnen durch staatliche Gewalt auf dem Wege der Grundrechtsnormen nicht auferlegt werden könnten.
Den Maßstab, nach welchem es sich bestimme, ob einem Rechtsgeschäft wegen Mißachtung der durch die Grundrechtsnormen anerkannten Werte die rechtliche Geltung zu versagen sei, gebe der Begriff der "guten Sitten". Flume sieht darüber hinaus (d.h. auch nicht im Wege der Drittwirkung) für eine unmittelbare Geltung der Grundrechtsnormen im Bereich der Lehre vom Rechtsgeschäft keinen Raum.[123]

Abgesehen davon, daß Flume diese Ansicht generell auf das Privatrecht und nicht auch auf die spezifische arbeitsrechtliche Entwicklung abstellt - sie hat z.B. zu vielen Grundsätzen geführt, die jene des BGB modifiziert haben - ist folgendes zu bedenken:
Flume führt die seiner Ansicht nach bestehende Unrichtigkeit der Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte an Hand des Art. 3 I GG vor: "Würde man mit dem Gleichheitssatz für das private Rechtsgeschäft ernst machen, so würde sich entweder

---

122 "Rechtsgeschäft" a.a.O., § 1/10 b, S. 22.
123 Wie Fn. 122.

die Lehre von der Drittwirkung ad absurdum führen oder aber der Grundsatz der Privatautonomie negiert".[124]
Für sich betrachtet, ist dies sicherlich richtig - so würde beispielsweise die der Privatautonomie zuzurechnende Testierfreiheit aufgehoben werden, wenn eine letztwillige Verfügung den Erben oder Vermächtnisnehmer aus Gründen (z.B. der Religion) begünstigen würde, die gem. Art. 3 III GG ausgeschlossen sind. Bei einer Grundrechtsgeltung im Privatrecht stehen sich die Partner eines Rechtsgeschäfts jedoch als Grundrechtsträger gegenüber. Dadurch wird der Unterschied zur staatsgerichteten Wirkungsweise der Grundrechte deutlich: Dort wirken sie etwa als Abwehrrechte gegenüber dem Staat, der ihren Schutzbereich beachten muß. Im Zivilrecht können sie in dieser Weise nicht beurteilt werden, weil sie nicht nur einen Grundrechtsadressaten binden. Sie kreuzen sich mit "Gegenrechten" auf gleicher Stufe, weil der Grundrechtsadressat gleichzeitig Grundrechtsträger ist. Diese Funktion zeigt sich besonders bei Art. 2 I GG: Die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers im Betrieb (vgl. § 75 I 1, II BetrVG) kann gegen die Entfaltung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit stehen.
Daher verändert die Drittwirkung der Grundrechte deren Schutzkraft im Privatrecht. Sie steht unter der Prämisse, daß die Grundrechte vielfach nicht in der Weise im Privatrecht gelten können, wie sie - etwa als Abwehrrechte - gegenüber dem Staat gelten.[125] Hinzu kommt, daß verschiedene Grundrechte auch aus der Sicht einer (angenommenen) Drittwirkung strukturell bedingt im Privatrecht nicht gelten können: Das gilt z.B. für

---

124 A.a.O. S. 22.

125 Vgl. Gamillscheg, AcP 164, 385 ff. (404 f., 425 f.); Müller, RdA 1964, 121 ff. (124): "Friktion der Grundrechte"; Nipperdey, "Persönlichkeit" a.a.O., S. 781 (Die Entfaltungsfreiheit des einen müsse ihre Grenze finden, wo die Rechtssphäre des anderen beginne. Es bestehe eine echte Kollision im Ausgangspunkt gleichwertiger Rechte, die als solche institutionell in der Rechtsordnung anerkannt seien, gegenseitig geachtet werden müßten und aufeinander abzustimmen seien); ders. "Grundrechte" a.a.O., S. 27.

Art. 16 GG (Schutz der deutschen Staatsangehörigkeit; Verbot der Auslieferung Deutscher; Asylrecht);[126] für Art. 17 (Petitionsrecht);[127] z.B. für Art. 3 GG (Gleichheitssatz) gilt, daß eine Differenzierung nach dem Maßstab der Sachgemäßheit erforderlich ist. Sonst würde beispielsweise die Abschlußfreiheit als ein Element der Privatautonomie generell aufgehoben werden.

Wenn man (mit Flume) den Rechtsgehalt der Grundrechte als objektive Normen im Privatrecht "durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften"[128] (für das BGB sind es nach der Ansicht Flumes die guten Sitten) entfalten will, dann führt das im Ergebnis dennoch - allgemein betrachtet - zum Einfluß der Grundrechte, genauer: der sich aus ihnen ableitenden Rechtssätze auf das Privatrecht. Nur müßte man dabei beachten, daß ein Verstoß gegen diese Rechtssätze sittenwidrig sein muß, damit privatrechtliche Korrekturen erfolgen können.
Folgt man dieser Ansicht Flumes über den Prüfungsmaßstab der Sittenwidrigkeit und wendet man ihn unter Zugrundelegung einer weiteren Analyse Flumes auf die Privatautonomie und auf eines ihrer wesentlichen Elemente , auf die Vertragsfreiheit der Arbeitgeber an, so ergibt sich folgendes:
Die Privatautonomie - verstanden als "das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach eigenem Willen"[129] - ist nur dadurch gerechtfertigt, "daß die Selbstbestimmung als Wert anerkannt ist".[130] Daraus ergibt sich, daß die Privatautonomie, im besonderen abgestellt auf die Vertragsfreiheit (Abschlußfreiheit), das Funktionieren eines Mechanismus voraussetzt, der durch Zwang oder sonstige

---

126 Vgl. z.B. Hamann bei Hamann/Lenz, GG Art. 16 Anm. A; Kimminich, BK Art. 16 Anm. 27; v. Mangoldt/Klein, GG Art. 16, II 8, S. 478; Nipperdey "Persönlichkeit", a.a.O. S.752.

127 Vgl. Lenz bei Hamann/Lenz, GG Art. 17 Anm. B 7.

128 Flume "Rechtsgeschäft", a.a.O. § 1/10 b, S. 22 (in Anlehnung an BVerfGE 7, 198/205).

129 So Flume "Rechtsgeschäft", a.a.O. § 1, 1 S. 1; ders. "Rechtsgeschäft und Privatautonomie", a.a.O., S. 136.

130 Flume "Rechtsgeschäft", a.a.O. § 1/7, S. 10; ders. "Rechtsgeschäft und Privatautonomie", a.a.O., S. 143.

Willensbeugung eines Rechtsgeschäftspartners nicht gestört werden darf. Flume[131] sagt hierzu: "Soweit nach unserer Rechtsordnung den einzelnen die Regelung der Rechtsverhältnisse in beiderseitiger Selbstbestimmung, d.h. durch Vertrag, überlassen ist, liegt dem die Voraussetzung zugrunde, daß die einzelnen sich mit der Macht zur Selbstbestimmung gegenüberstehen und nicht durch die Macht des einen statt der beiderseitigen Selbstbestimmung eine einseitige Fremdbestimmung eintritt;"[132] Vertragsfreiheit sei "die Anerkennung der Selbstherrlichkeit des einzelnen in der schöpferischen Gestaltung der Rechtsverhältnisse".[133]

Das Prinzip der Selbstbestimmung ist bereits in den Grundrechten anerkannt. Demzufolge geht Flume[134] davon aus, daß das Grundgesetz die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit in Art. 2 statuiere. Beide erforderten begrifflich die Rechtsordnung als Korrelat, so daß die privatautonome Gestaltung von Rechtsverhältnissen nach Form und möglichem Inhalt durch die Rechtsordnung bestimmt sei.[135] Wenngleich die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit somit nur durch Normen der Privatrechtsordnung verwirklicht werden können, so muß die verfassungsrechtlich verankerte Selbstbestimmung bzw. Selbstherrlichkeit gerade wegen der Wechselbeziehungen zwischen Art. 2 GG und dem Privatrecht von diesem respektiert werden. Das dürfte auch der Ansicht Flumes entsprechen.

Damit muß die Macht zur Selbstbestimmung immer bestehen. Diese Verwirklichung der Privatautonomie stellt sich aber dann in Frage, wenn sich bei bestimmten Vertragstypen die Vertragsschließenden in ungleicher Machtlage gegenüberstehen. Flume bezieht dies u.a. in einer früheren Analyse auf das Arbeitsrecht: Hier sei an die Stelle der Einzelentscheidung weithin die Gruppenentscheidung getreten; der Tarifvertrag sei kein

---

131 "Rechtsgeschäft und Privatautonomie", a.a.O. S. 143.

132 "Rechtsgeschäft", a.a.O. § 1/7, S. 10; ders. "Rechtsgeschäft und Privatautonomie", a.a.O. S. 143.

133 Flume, "Rechtsgeschäft", a.a.O. § 1/5, S. 6; ders. "Rechtsgeschäft", a.a.O. S. 6.

134 "Rechtsgeschäft und Privatautonomie", a.a.O. S. 140.

135 Wie Fn. 134, S. 137.

Akt der Privatautonomie, deshalb gelte nicht der Grundsatz der Vertragsfreiheit.[136]
Dies trifft auf die Gestaltungsfreiheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer in den meisten Fällen zu. Bezüglich der Abschlußfreiheit meint Flume: Enthalte der Tarifvertrag Abschlußgebote (z.B. Wiedereinstellungsklauseln für die Zeit nach Beendigung von Arbeitskämpfen), so werde durch ihn auch die Abschlußfreiheit der Arbeitgeber aufgehoben; der Tarifvertrag trete damit als Regelungsinstrument an die Stelle der Privatautonomie. Die Abschlußfreiheit des Arbeitnehmers lasse er dabei allerdings unberührt.
Demnach bleibt die Abschlußfreiheit der Arbeitgeber unbeschränkt, wenn Tarifverträge Abschlußgebote nicht enthalten oder der Arbeitgeber an den Tarifvertrag nicht gebunden ist. Abgesehen von speziellen zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Normen und Rechtsgrundsätzen der Gerichte zur Begründung von Arbeitsverhältnissen, stehen sich nunmehr die verfassungsrechtlich geschützte Abschlußfreiheit des Arbeitgebers und die des Arbeitnehmers (Stellenbewerbers) gleichrangig gegenüber.
Dann dürfte dies der Ansicht Flumes entsprechen: daß die beiden Verhandelnden zu einer privatautonomen Begründung vertraglicher Beziehungen nur dann in der Lage sein können, wenn sie den verfassungsrechtlich geschützten Gedanken der Selbstbestimmung unabhängig voneinander verwirklichen können; daß die Macht zur Selbstbestimmung als Charakteristikum der Privatautonomie und damit auch der Abschlußfreiheit im Arbeitsrecht nicht nur verfassungsrechtlich statuiert ist, sondern auch tatsächlich besteht; daß schließlich einem Vertrag wegen Mißachtung der durch Art. 2 GG anerkannten Privatautonomie die rechtliche Geltung zu versagen ist, wenn er nicht auf dem Boden der Selbstbestimmung abgeschlossen ist.
Flume[137] geht davon aus, daß selbst im Arbeitsrecht u.a. für den Abschluß des Arbeitsvertrages diese Privatautonomie maß-

---

136 "Rechtsgeschäft und Privatautonomie", a.a.O. S. 143.
137 Wie Fn. 136, S. 146.

gebend sei.[138]

Stellt man dem gegenüber die Hypothese auf, daß Stellenbewerber bereits bei Bewerbungen vielfach in Zwangssituationen (z.B. auf Grund ihres Alters, auf Grund einer körperlichen Behinderung) geraten werden, weil sie aus existentiellen Gründen auf die Verwertung ihrer Arbeitskraft angewiesen sind, so ist ihre Selbstbestimmungsfähigkeit in diesen Fällen ganz offensichtlich beschränkt oder sogar aufgehoben. Es ist denkbar, daß Arbeitgeber diese Zwangssituationen auch zur Kenntnis nehmen werden, daß sie aber gerade wegen solcher "personalen Defizite" (Alter, Behinderung) nur zu Einstellungen bereit sein werden, die die Erwartungen der Bewerber und deren Leistungsvermögen erheblich unterschreiten.

Resignieren Bewerber angesichts ihrer Zwangssituationen, so sind die geschlossenen Arbeitsverträge nicht die Ergebnisse privatautonomer Willensentschließungen.

Bewertet man diesen Sachverhalt nun mit Hilfe des von Flume für praktikabel gehaltenen Maßstabes der Sittenwidrigkeit, so können diese Verträge nichtig sein: sie sind nur unter Mißachtung der durch Art. 2 GG anerkannten Privatautonomie (enger: Abschlußfreiheit) zustande gekommen. Es fragt sich, ob in diesen Fällen die Sittenwidrigkeit als Bewertungsmaßstab zu praktikablen Lösungen führen kann, also zu entscheiden vermag, ob einem Rechtsgeschäft wegen Mißachtung der in den Grundrechtsnormen anerkannten Werte der Erfolg zu versagen ist. Das setzt voraus, daß Privatautonomie besteht.

---

138 Flume sagt zwar etwas später: "Für alle wirklich relevanten Geschäfte des Privaten - mit Ausnahme der Geschäfte des Arbeits- und Mietrechts - wie insbesondere für alle Geschäfte des Wirtschaftsverkehrs gilt, was die entscheidenden Punkte der Privatautonomie anbetrifft: das Ob des Geschäfts und die Preisbestimmung, der Grundsatz der Privatautonomie auch heute nicht anders als im 19. Jahrhundert." Die Ausklammerung des Arbeitsrechts aus dieser Überlegung widerspricht aber nicht seiner vorangegangenen Feststellung: durch "das Ob des Geschäfts und die Preisbestimmung" bezieht er sich offensichtlich auf die Abschluß- und die Gestaltungsfreiheit. Zum letzteren Bereich führt er nämlich aus ("Rechtsgeschäft und Privatautonomie", S. 143; "Rechtsgeschäft" § 1/7, S. 10), daß hier an die Stelle der Einzelentscheidung die Gruppenentscheidung getreten sei. Insofern herrscht hier keine Gestaltungsfreiheit, so daß es richtig ist, aus diesem Grunde das Arbeitsrecht aus der Privatautonomie auszuklammern. Etwas anderes gilt aber für die Abschlußfreiheit.

Zweifelhaft ist dies aus einem weiteren Grunde: Die Nichtigkeit eines solchen Arbeitsvertrages nützt dem Arbeitnehmer, der den Arbeitsplatz erhalten hat - wenn auch resignierend, so doch immerhin auf dem rettenden Ausweg -, nichts. § 138 BGB soll aber seine Abschlußfreiheit schützen.
Selbstverständlich kann die Praktikabilität dieses bürgerlichrechtlichen Lösungsvorschlages an dieser Stelle nicht allumfassend geprüft werden. Bezogen auf die Abschlußfreiheit im Arbeitsrecht, ist folgendes einschränkend zu bedenken: Die in den beiden vorangegangenen Kapiteln entwickelten wesentlichen Ziele der beruflichen Rehabilitation messen u.a. einer späteren Berufstätigkeit der geschützten Personen einen entscheidenden Stellenwert bei. Behinderte oder nicht mehr behinderte Stellenbewerber können sich in einer vorstellbaren Zwangslage befinden, weil sie mit dem Handikap einer scheinbaren oder vielleicht nur vorübergehend bestehenden mangelnden Einsatzfähigkeit Einstellungsverhandlungen führen. In diesem Falle ist es fraglich, ob sie überhaupt privatautonome Entscheidungen treffen könnten, wenn sie resignierend ein ihrer jetzigen Ausbildung nicht entsprechendes Einstellungsangebot annehmen.
Unter dieser Annahme einer Zwangssituation beim Abschluß von Arbeitsverträgen wird man daher - im Gegensatz zu Flume, der jedenfalls für den Abschluß die Privatautonomie[139] anerkennt - von der Existenz der Privatautonomie nicht mehr sprechen können. Dann ist ein Verstoß gegen die Privatautonomie des Bewerbers nicht möglich, so daß die Sittenwidrigkeit als Bewertungsmaßstab für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts ausfällt.

Für diese Annahme spricht auch § 4 I SchwbG mit dem Ziel, Behinderten Arbeitsplätze zu verschaffen, um den Rehabilitationseffekt möglichst optimal zu erreichen und zu sichern. Könnte man nämlich davon ausgehen, daß dieser Personenkreis privatautonome Entscheidungen treffen kann, so hätte es des § 4 I SchwbG wohl nicht bedurft.

---

139 S.o. S. 47 mit Fn. 138 auf S. 48.

Im Ergebnis erscheint der Maßstab der Sittenwidrigkeit - jedenfalls im Arbeitsrecht - als zweifelhaft.
Damit ist allerdings noch nicht geklärt, wie die medizinisch rehabilitierten und die noch behinderten Bewerber in einer solchen Zwangslage geschützt sind. Es ist daher fraglich, ob die Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht zu Lösungsvorschlägen führt.

Der von Flume vertretenen Ansicht, die rechtliche Geltung eines Rechtsgeschäfts setze die Beachtung der in den Grundrechtsnormen anerkannten Werte voraus und Verwirklichungsinstrument bzw. Maßstab hierfür sei § 138 BGB, stehen die Anhänger der sogenannten Lehre von der "mittelbaren Drittwirkung" prinzipiell nahe.
S ö l l n e r [140] wendet sich gegen eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte, weil sie letztlich die das Privatrecht und auch das Arbeitsrecht beherrschende Privatautonomie aufheben würde. Die Grundrechte bestimmen seiner Ansicht nach die Generalklauseln des Privatrechts inhaltlich; sie wirken danach auf diesem Wege auf die privatrechtlichen Verhältnisse ein.
Söllner folgt damit der von D ü r i g [141] begründeten Lehre. Sie wahrt den Dualismus von Grundrechten einerseits, die nach wie vor als gegen den Staat gerichtete öffentliche Rechte anzusehen seien, und von subjektiven privaten Rechten andererseits, die in der Privatrechtsordnung wirkten. Sie wehrt sich jedoch gegen einen Dualismus der Rechtsmoral des Gesamtrechts.[142]

---

140 Lb. § 6 III 2, S. 39 f.

141 Vgl. bei Maunz/Dürig/Herzog, GG Art. 1 Rdnr. 129 m.w.N.; so z.B. für die Drittwirkung des Schutzes der Menschenwürde a.a.O. Art. 1 Rdnr. 16 unter bb); ders. DÖV 1958, 194 ff. (196 f.); vgl. auch Ballerstedt a.a.O., S. 56; Hamann bei Hamann/Lenz GG Vorbem. 4 vor Art. 1, S. 121 f.; Larenz Lb. AT, § 4 III, S. 60 f.; Gläser a.a.O. (Diss.) S. 46 mit umfangreichen Nachweisen in der Fn. 196.

142 Vgl. Dürig bei Maunz/Dürig/Herzog, GG Art. 1 Rdnr. 131.

Nach Art. 1 I GG obliege der staatlichen Gewalt über die Achtungspflicht hinaus eine Schutzpflicht gegenüber der Menschenwürde. Wenn die Verfassung in den einzelnen Grundrechten die wirksamste positivrechtliche Realisierung sehe, dann folge daraus, daß die in den Grundrechten dem Staat gegenüber abgesicherten Werte von der staatlichen Gewalt auch dann gewahrt werden müßten, wenn sie von privaten einzelnen oder gesellschaftlichen Kollektiven angegriffen werden würden.
Der Weg, solche Angriffe aus der Drittrichtung abzuwehren, verlaufe "über die wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Begriffe und Generalklauseln des Privatrechts".[143]

Dem folgt auch das BVerfG.[144] Es mißt bestimmten Grundrechten die Funktion von Grundsatznormen für die gesamte Rechtsordnung bei, indem sie als objektive Normen ein Wertsystem statuierten, welches als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts Geltung beanspruche.[145]

b) Unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte

Diese namentlich von H. C. Nipperdey[146] vertretene Theorie befürwortet eine unmittelbare Anwendung der für den Privatrechtsverkehr geeigneten Grundrechte, zu denen auch soziale Grund-

---

143 Vgl. Dürig bei Maunz/Dürig/Herzog GG Art. 1 Rdnr. 132 m.w.N.; Soergel/Lange vor § 145 BGB Rdnr. 32.

144 Z.B. BVerfG E 7, 198 ff. (204 f.) "Lüth"-Urteil.

145 In dem "Lüth"-Urteil mißt das BVerfG in dieser Weise die Generalklausel des § 826 BGB und den Begriff des "sittenwidrigen Boykotts" am Wertgehalt des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung. Das Gericht kennzeichnet die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte regelmäßig mit "Impulse", "Auslegung aus dem Geist der Verfassung", "Ausstrahlungswirkung", "Richtlinie der Verfassung" u.ä.

146 "Persönlichkeit" a.a.O. S. 747 ff. (besonders S. 753); ders. in Enneccerus/Nipperdey, Lb. Bd. 1 1. Halbbd. § 15 II 4 c, S. 97; ders. "Grundrechte" a.a.O. S. 26; vgl. ferner die Nachweise für diese Theorie bei Leisner a.a.O. S. 336; Fikentscher Lb., § 21 III 2, S. 73 (Art. 2 I GG habe angesichts der Bedrohung der Vertragsfreiheit durch Angriffe Dritter "jedenfalls soweit grundsätzliche Drittwirkung"); Gamillscheg AcP 164, 385 ff. (419 ff.) mit dem klarstellenden Hinweis, daß die Anerkennung der Unmittelbarkeit der Drittwirkung selbstverständlich nicht den Weg versperre, die Grundrechte auch mittelbar wirken zu lassen (a.a.O. S. 423); Gläser a.a.O. S. 45 f. mit Fn. 195; Müller RdA 1964, 121 ff. (122); Nikisch Lb. Bd. I, § 5 III 2, S. 40, Hubmann, aaO., S. 111 f.; Neumann-Duesberg, NJW 1957, 1341 ff. (1341).

rechte gehörten. Für sie ist ebenfalls entscheidend, daß manche Grundrechtsbestimmung (vor allem auch Art. 2 I GG) neben ihrer Eigenschaft als Grundrecht die wichtige Funktion einer für die gesamte Rechtsordnung und damit auch für das Privatrecht unmittelbar geltenden Grundsatznorm habe. Diese "absolute" Wirkung der Grundrechte im weiteren Sinne ist deren zusätzliche Rechtsfolge. Diese ist den Grundrechtsbestimmungen als objektiven Rechtsnormen nach deren konkreten Inhalten, Wesen und Funktionen zu entnehmen.

Die Theorie der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte legt damit der z.B. vom BVerfG im "Lüth"-Urteil beschriebenen verfassungsrechtlichen Grundentscheidung ebenfalls die entscheidende Bedeutung bei. Nipperdey[147] sieht in diesen Grundsatznormen des Grundrechtskatalogs eine darüber hinausreichende Bedeutung: Sie seien so sehr der allgemeine Ausdruck der Prinzipien, die in einer gut, gerecht, freiheitlich und sozial geordneten Gesellschaft bestehen müßten, daß ihre Bedeutung nicht auf das Verhältnis von Staat und Bürger beschränkt sein könne. Sie müßten allgemein und damit im Privatrechtsverkehr gelten.
Als Grundlagen der gesamten Rechtsordnung (so prinzipiell auch die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung) könne ihre Wirkung nur eine unmittelbare sein. Diese beeinflusse das objektive Recht und gestalte es gegebenenfalls um; sie sei auch Maßstab und Grenze der privatrechtlichen Befugnisse der einzelnen.
Der Weg über die wertausfüllungsfähigen und -bedürftigen Begriffe und Generalklauseln des Privatrechts (§§ 138, 242, 826 BGB) dagegen werde der Bedeutung der Grundsatznormen als objektiver Normen nicht gerecht und sollte nach der Ansicht Nipperdeys[148] als überflüssiger und in die Irre führender Umweg aufgegeben werden. Dem hat sich das BAG[149] angeschlossen.

---

147 "Persönlichkeit" a.a.O. S. 750 f.

148 "Persönlichkeit" a.a.O. S. 751.

149 Vgl. z.B. BAG E 1, 185 ff. (193).

Es judiziert, daß "zwar nicht alle, aber doch eine Reihe bedeutsamer Grundrechte der Verfassung ... nicht nur Freiheitsrechte gegenüber der Staatsgewalt garantieren" sollen. Sie seien "vielmehr Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben, die in einem aus dem Grundrecht näher zu entwickelnden Umfang unmittelbare Bedeutung auch für den Rechtsverkehr der Bürger untereinander haben".[150]

Der "Abstand" zwischen dieser Entscheidung und jener des BVerfG im "Lüth"-Fall ist nur gering: Zwar will das BVerfG das Grundrechtssystem "vor allem" über die Generalklauseln als den Einbruchstellen in das bürgerliche Recht wirken lassen,[151] während das BAG von einer unmittelbaren Bedeutung der Ordnungsgrundsätze ausgeht.

Im Grunde aber kommt das BVerfG zu einem gleichen Ergebnis, indem es im "Lüth"-Urteil die Aufgaben des Zivilrichters charakterisiert:[152] Verfehle er die Maßstäbe der Grundrechte und beruhe sein Urteil auf der Außerachtlassung dieses verfassungsrechtlichen Einflusses auf die zivilrechtlichen Normen, so verstoße er nicht nur gegen objektives Verfassungsrecht, indem er den Gehalt der Grundrechtsnormen als objektiver Normen verkenne. Er verletze vor allem als Träger öffentlicher Gewalt durch sein Urteil das Grundrecht, auf dessen Beachtung durch die von dem Richter nun einmal verkörperte rechtsprechende Gewalt der Bürger einen verfassungsrechtlichen Anspruch habe.[153] Demzufolge kann - so muß man hinzufügen - die Existenz des Grundrechtsschutzes des Bürgers im Privatrechtsverkehr nicht von der Anrufung der Zivilgerichte abhängen.

M ü l l e r [154] meint denn auch zutreffend, die Formeln von der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung, von den Grundsatznormen, die eine verbindliche Wertentscheidung im Bereich des privaten und öffentlichen Rechts träfen und die in den verschiedensten Entscheidungen des BVerfG wiederkehrten, besagten, daß ein Grundrecht in der Drittwirkung absolute und

---

150 BAG a.a.O.

151 Vgl. BVerfG E 7, 198 ff. (205 f.).

152 BVerfG E 7, 198 ff. (206 f.).

153 Diesen Gedanken spricht auch Müller, RdA 1964, 121 ff. (122) mit gleichem Ergebnis an.

154 RdA 1964, 121 ff. (122).

allgemeine Geltung beanspruche.
Nach dieser Ansicht bedürfen Grundrechte als Primärnormen, die allen anderen Normen zugrunde liegen und vorausgehen und die somit für alle Bereiche des Rechts gültig sind, bei der Umsetzung ins Privatrecht daher nicht erst des Umwegs über die Generalklauseln. Sie wirken unmittelbar, wobei man hierbei vor allem an die Art. 1 bis 6, 9, 12, 14 GG als Primärnormen wird denken müssen.[155]

c) Der Gesichtspunkt der "sozialen Gewalt" als Kriterium für eine Grundrechtsdrittwirkung; allgemein: als auslösender Faktor für den Bedeutungswandel der Grundrechte in ihrer Schutzrichtung

Nach der Theorie von der unmittelbaren Drittwirkung wird der Wirkungsgehalt der Grundrechte in höherem Maße ausgeweitet, als es nach der Gegenauffassung der Fall ist.
Die Idee der Drittwirkung ist auf den Bedeutungswandel der Grundrechte und damit auf den Grundrechtsbegriff zurückzuführen;[156] dessen begriffliche und damit inhaltliche Fortschreibung erkennt auch das BVerfG an.[157] In ihrem Kern geht es in

---

155 Vgl. Hamann bei Hamann/Lenz GG Vorbem. 3 vor Art. 1, S. 121 m.w.N.

156 Vgl. hierzu Esser Lb. Bd. I, § 2 II 1, S. 8; Leisner a.a.O. 312, 332 f.; v. Mangoldt/Klein GG Vorbem. A II 4, S. 61 bis 69 (Drittwirkung der Grundrechte zwar nicht gegen Dritte, aber "im Sinne einer Wirkung in Rechtsbereiche außerhalb des Verfassungsrechts bei den Grundrechtsbestimmungen als Einrichtungsgarantien und Grundsatznormen", vgl. a.a.O. S. 66, und "als Auslegungsregeln auch für die außerverfassungsrechtlichen Rechtsgebiete" a.a.O. S. 69); umfassend Nipperdey in Enneccerus/Nipperdey Lb. Bd. 1 Halbbd. 1 § 15 II 4 c, S. 95 f.; Staudinger/Coing Einl. vor § 1, Rdnr. 37; Zippelius in BK Art. 1 Rdnr. 34 m.w.N.

157 Im Grunde schon in E 7, 198 ff. (205 ff.); in E 10, 302 ff. (322) meint das BVerfG zu Art. 2 II 2 GG, indem es an E 7, 198 ff. - E 6, 55 ff. anknüpft: "Art. 2 II 2 GG weist gerade in dem Pathos der Formulierung deutlich auf die grundsätzliche Tendenz, die Wertentscheidung der Verfassung hin ... Eine solche verfassungsrechtliche Grundsatznorm enthält eine objektive Wertentscheidung, die für alle Bereiche des Rechts gilt. Gewiß geht die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Freiheit als Grundrecht ursprünglich auf die Idee zurück, den einzelnen gegen Übergriffe der öffentlichen Gewalt zu schützen. Doch zeigt sich gerade bei diesem Grundrecht schon früh seine Bedeutung auch für andere Rechtsgebiete." Das bewirke "auch eine tiefgreifende Wandlung der Beziehungen der einzelnen zueinander".

einer ersten Phase des Bedeutungswandels in methodischer Hinsicht zunächst um den Wandel in der Schutzrichtung insbesondere der Freiheitsrechte.
Eine weitere Modifizierung, die als zweite Phase des Bedeutungswandels der Grundrechte bezeichnet werden mag, betrifft nicht diese Richtungsproblematik, sondern den materiell-rechtlichen Inhalt der Grundrechte bzw. der aus ihnen abzuleitenden Rechtssätze. Hierauf braucht an dieser Stelle jedoch noch nicht zurückgegriffen zu werden. Zu vermerken ist jedoch, daß Richtung und Inhalt der Grundrechtswirkung voneinander getrennt werden müssen.

Für den Bedeutungswandel der Grundrechte zur Drittwirkung ist das Grundrechtsverständnis in der geschichtlichen Entwicklung wichtig. Das Wesen der Grundrechte im 19. Jahrhundert lag ausschließlich in deren Staatsbezogenheit; ihr Bedeutungswandel hingegen knüpft an soziale Realitäten an, die bei einem liberalistischen Grundrechtsverständnis allgemein unbeachtet blieben: So wie sie seinerzeit als ausschließlich staatsgerichtet bewertet wurden, trat der verfassungsrechtliche Schutz vor sozialen Gewalten und vor Dritten zumindest als sekundär in eine bedeutungslose Rolle zurück.
N i p p e r d e y [158] führt hierzu aus: "Erst als sich aus dem unabhängigen Besitzbürgertum des 19. Jahrhunderts die 'industrielle Massengesellschaft' entwickelte, wurde deutlich, daß der einzelne im steigenden Maße von Gruppen, Verbänden und großen Unternehmen abhängig wurde und nunmehr eines Schutzes vor diesen anonymen Mächten bedurfte." Der Bedeutungswandel der Grundrechte erklärt sich somit daraus, daß die Rechts- und Sozialsphäre des einzelnen Bürgers nicht nur durch staatliche Gewalten gefährdet wurde, sondern auch durch außerstaatliche, Dritte.

Diese Tatsache machte es notwendig, die Funktion der Grundrechte an eine so gewandelte historische Situation anzupassen.[159]

---

158 Enneccerus/Nipperdey Lb. Bd. 1 Halbbd. 1 § 15 II 4 c, S. 96.

159 Vgl. auch Nipperdey "Grundrechte" a.a.O. S. 26 f.; Badura, Der Staat 1975, 17 ff. (18 bis 21).

Die Erstreckung der Grundrechtsaussage hat - wie S c h e u n e r [160] zutreffend bemerkt - insofern eine sozialstaatliche Bedeutung, "als sie über die ältere Sicht der Grundrechte als bloßer Abwehrrechte hinausführt und ihren Grundgedanken eben dort, wo die negative Funktion nicht mehr zureicht, im gesellschaftlichen Leben Geltung verleiht".
Gleichzeitig ergibt sich aus dieser rechts- und sozialgeschichtlichen Entwicklung, daß sich der eigentliche Kristallisationskern der Diskussion um die Grundrechtsdrittwirkung fast zwangsläufig im Arbeitsrecht bilden mußte.
Dieses Kriterium der sozialen und wirtschaftlichen Überlegenheit schnitt S i n z h e i m e r [161] in den Beratungen zur Weimarer Reichsverfassung an: Die Grundrechte seien nicht nur durch den Staat, sondern vor allem auch durch die "sozialen Gewalten" bedroht. Sie bedürften des Schutzes, der sich gegen einen solchen Mißbrauch richte. Dieser Gesichtspunkt nimmt für die Begründung der Grundrechtsdrittwirkung in der Literatur einen breiten Raum ein, teils mit dem Ergebnis einer mittelbaren, teils mit dem einer unmittelbaren Drittwirkung. Dabei ist zu vermerken, daß auch Gegner der unmittelbaren Drittwirkung oder sogar jeglicher Drittwirkung den Befund "soziale Macht" für eine Korrektur der Schutzrichtung der Grundrechte einsetzen.
K l e i n [162], Gegner der Grundrechtsdrittwirkung[163], lenkt in diesem Punkte ein: Er meint, "ein Bedürfnis nach verfassungsrechtlichem Schutz des einzelnen auch gegenüber nichtstaatlichen und sonstigen nicht öffentlich-rechtlichen sozialen Gewalten" sei in der Tat nicht zu verkennen.
D ü r i g [164] betont, "daß die Lehre der unmittelbaren Grundrechtsanwendung im Privatrechtsverkehr ihr eigentliches Charisma aus dem Bedürfnis bezieht, den Menschen gegenüber sozialen Zwischenmächten zu schützen, zu denen er faktisch nicht

---

160 DÖV 1971, 505 ff. (508) m.w.N.

161 Stenographischer Bericht der Weimarer Nationalversammlung, S. 1749 C.

162 In v. Mangoldt/Klein GG Vorbem. A II 4 c, S. 63.

163 Wie 162, S. 65 f.

164 In der Anm. zum oben erwähnten "Lüth"-Urteil des BVerfG in DÖV 1958, 194 ff. (197).

in dem vom traditionellen Privatrecht vorausgesetzten Koordinationsverhältnis steht, denen er vielmehr mehr oder weniger unterworfen ist." Sodann räumt er ein, daß man über die unmittelbare Grundrechtsbindung der sozialen Zwischenmächte diskutieren könne.[165]

Ähnliche Erwägungen klingen an anderer Stelle an:[166] Diskutabel wäre die Annahme einer unmittelbaren Grundrechtsdrittwirkung allenfalls bei außerstaatlichen Machtkonzentrationen, denen gegenüber der einzelne Private in Wirklichkeit gar keine Vertragsfreiheit habe.

Z i p p e l i u s [167] folgert aus Art. 1 I GG eine privatrechtliche Geltung im Sinne einer unmittelbaren Drittwirkung. Für die Menschenwürde sei die Drittwirkung dadurch gesichert, daß Art. 1 I GG sie schlechthin für unantastbar erkläre, das hierdurch statuierte allgemeine Eingriffsverbot mit der staatlichen Schutzpflicht koppele und es so mit einer Rechtsgarantie versehe. Augenfällig zeige sich dies daran, daß das aus der Menschenwürde hergeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht als "sonstiges Recht" i.S.d. § 823 I BGB den Schutz dieser Vorschrift genieße.[168] Eine solche Drittwirkung des Art. 1 GG sei von den Schöpfern des GG angestrebt worden: Nach der Absicht des Verfassungskonvents habe Art. 1 GG "auch Privatpersonen" verpflichten sollen.[169]

---

165 Dürig, a.a.O. S. 197, fährt dann fort, es klinge bestechend, z.B. für marktbeherrschende Unternehmen unmittelbar Art. 3 GG anzuwenden, um sie an einer unterschiedlichen Behandlung einzelner Arbeitnehmer zu hindern. Aber man müsse dann offen kämpfen und zugeben, daß man im Wege unmittelbarer und starrer Grundrechtsbindung insoweit diese Machtkonzentration entprivatisieren wolle.

166 Dürig bei Maunz/Dürig/Herzog GG Art. 2 I, Rdnr. 57.

167 In BK Art. 1 Rdnr. 35.

168 I.V.m. Art. 2 I GG seit BGHZ 13, 334 ständige Rechtsprechung.

169 Zippelius a.a.O. unter Hinweis auf die Materialien: Art. 1 I 1 GG als "eine absolute Feststellung, die sich gegen jedermann wendet, sowohl gegen die staatliche Gewalt wie auch gegen jeden Privaten und gegen jede Institution".

Eine mittelbare Drittwirkung sieht Zippelius[170] darin, daß die im Grundrechtskatalog proklamierten Wertfeststellungen als Richtschnur für die Ausfüllung von Gesetzeslücken und für die Interpretation der Rechtsnormen, insbesondere der wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe dienten. Diese Überlegungen stehen unter der Prämisse, daß - zumal im pluralistischen Staat - ein einseitiger staatsgerichteter Grundrechtsbegriff nur eine sehr unvollkommene Sicherung der individuellen Freiheit biete, die vor allem auch durch die "sozialen Gewalten" bedroht sei und auch gegen einen Machtmißbrauch von dieser Seite eines Schutzes bedürfe.[171]

"Soziale Gewalt"[172] oder in ähnlichen Umschreibungen, wie etwa: "soziale Macht"[173], "nichthoheitliche Gewalten"[174], "private Gewalt"[175], "private Machtgruppierungen"[176], "soziale Zwischenmächte"[177] ist damit zum entscheidenden Ausgangspunkt bei der Diskussion um die Drittwirkung der Grundrechte geworden.[178]

Dahinter steht - allgemein betrachtet - das Bestreben, soziale Machtunterschiede zu relativieren. Nach der bisher umrissenen

---

170 In BK Art. 1 Rdnr. 36.

171 Im Anschluß an Sinzheimer, Stenographischer Bericht der Weimarer Nationalversammlung, S. 1749 C.

172 Nipperdey "Persönlichkeit" a.a.O. S. 753; ders. in Enneccerus/Nipperdey Lb. Bd. 1 Halbbd. 1 § 15 II 4 c, S. 96; ders. bei Hueck/Nipperdey, Lb. Bd. II/1, § 3 IV 4, S. 47; ders. "Grundrechte" a.a.O. S. 25; ders. VVDStRL 12, 92 ff. (96); Badura in der Festschrift für Berber S. 14; Gamillscheg AcP 164 385 ff. (407); Hesse a.a.O. S. 147; Klein in v.Mangoldt/Klein GG Vorbem. A II 4 b, S. 63; Larenz, Anm. zu BGH AP Nr. 2 zu Art. 5 GG, Bl. 134.

173 Ballerstedt a.a.O. S. 58; Hans Huber a.a.O. S. 281; Hesse a.a.O. S. 142; Ramm JZ 1972, 137 ff. (140); Scheuner DÖV 1971, 505 (508); ausführlich Gamillscheg AcP 164, 385 ff. (407).

174 Ballerstedt a.a.O. S. 59.

175 Leisner a.a.O. S. 380.

176 Esser Lb. Bd. I, § 2 II 1, S. 8.

177 Dürig DÖV 1958, 194 ff. (197), s.o. S. 56 mit Fn. 164.

178 Vgl. Ramm JZ 1972, 137 ff. (140): Bei der Auseinandersetzung um die Drittwirkung gehe es um nichts anderes als darum, daß im Bereich der Gesellschaft neue - soziale - Macht entstanden sei, gegen die das Individuum des Schutzes bedürfe.

tatsächlichen verfassungsrechtlichen Entwicklung kann nicht etwa davon die Rede sein, der Bedeutungswandel der Grundrechte, d.h. ihre Ergänzung in der Richtungswirkung, befrachte diese mit ideologisierenden Tendenzen. Der Versuch, Machtunterschiede zu relativieren, wird unter diesem Aspekt vor allem nicht erst gegenwärtig postuliert. Vielmehr hat er sich in Einzelfällen längst manifestiert, wie z.B. die institutionelle verfassungsrechtliche Anerkennung der Gewerkschaften besonders deutlich beweist.[179]

Für die Diskussion um die mittelbare oder unmittelbare Grundrechtsdrittwirkung ergibt sich gleichzeitig eine wichtige gemeinsame Werteinschätzung: daß nämlich Grundrechte in der ihrem Bedeutungswandel entsprechenden privatrechtswirksamen Dimension jedenfalls auch dann verbindlich sind, wenn es um den Versuch einer Relativierung sozialer Machtunterschiede geht.

Für das praktische Arbeitsrecht ist diese von beiden "Lagern" vertretene Einschätzung zweifellos bedeutsam, weil das Richtungsproblem der Grundrechtswirkung im Grunde genommen nicht strittig ist, sondern nur deren Anwendungsmodalitäten. Damit ist die Diskussion entschärft. L e i s n e r [180] stellt in diesem Zusammenhange fest, daß die Drittwirkungsproblematik an sich "aus einer theoretischen Streitfrage bereits zu einer täglichen Frage der Praxis geworden" sei.[181]
Unter dieser Annahme kann es deswegen offenbleiben, ob etwa die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung in sich schlüssig ist. So könnte man meinen, daß sie, streng genommen, jegliche

---

179 Ramm JZ 1972, 137 ff. (142) weist auf diesen Gesichtspunkt ebenfalls hin. Dies sei "bereits zu einer solchen Selbstverständlichkeit geworden, daß er als solcher nicht mehr gesehen" werde.

180 A.a.O. S. 348.

181 Vgl. im gleichen Sinne Gamillscheg AcP 164, 385 ff. (386, 404); Nikisch, Lb. Bd. I, § 5 III 2, S. 40 ("Zu praktisch unterschiedlichen Ergebnissen werden die beiden divergierenden Ansichten danach selten führen."); Nipperdey bei Hueck/Nipperdey Lb. Bd. II/1, § 19 A II, S. 373 mit Fn. 15; allgemein zur privatrechtlichen Bedeutung der Art. 1, 2 GG vgl. Hubmann, a.a.O. S. 112.

Grundrechtsdrittwirkung ausschließen müßte. Denn wenn nach dieser Lehre die Staatsrichtung der Grundrechte die eigentliche Barriere für deren Privatrechtswirkung ist, so fragt es sich, wieso das bei den Generalklauseln und wertausfüllungsfähigen und -bedürftigen Begriffen des Privatrechts nicht so sein soll.[182]

d) Zwischenergebnis

Für die Verklammerung von Arbeitsrecht und Verfassungsrecht ist damit als erstes Ergebnis festzuhalten, daß Grundrechte in diesem Gebiet auf dem Wege der Drittwirkung gelten und dies prinzipiell unstrittig ist: Das Bestreben, soziale Macht im Privatrecht (auf Arbeitsrecht) zu relativieren,[183] ist am Bedeutungswandel der Grundrechte orientiert. Die individuelle Freiheit (Art. 2 I GG) und die mit ihr konstitutionell gesicherte Freiheit zur Selbstbestimmung bei der privatautonomen Gestaltung der Lebensverhältnisse betreffend, zielt dieses Bestreben auf Berücksichtigung jener tatsächlichen Bedingungen, unter denen im Arbeitsrecht von der Freiheit (Vertragsfreiheit) erst Gebrauch gemacht werden kann.[184] Dieser Gedanke ist jedenfalls im Arbeitsrecht von entscheidender Bedeutung. Er ist im Grunde genommen ein Beleg dafür, daß das Arbeitsrecht seine Verbindungen zu den sozialen Realitäten des Arbeitslebens, das es gestalten soll, nicht verliert bzw. verlieren darf.

W i e a c k e r [185] umschreibt das Prinzip der Drittwirkung - also die zusätzliche privatrechtsgestaltende Wirkungskraft der Grundrechte -, indem er ausführt, sie sei der Sache nach für einen Umschlag des den Grundrechten zugrunde liegenden Ethos und den Einbruch dieses gewandelten Ethos in das Privat-

---

182 Auf diesen Gedanken weist Gamillscheg in AcP 164, 385 ff. (420) hin.

183 Hans Huber a.a.O. S. 284: "Durch die 'Drittwirkung' wird jedenfalls die Begrenzung der Freiheit des einen durch die Freiheit des anderen in eine allgemeine Regel eingefangen und nicht mehr einfach der persönlichen Haltung in einem anarchischen Zustand überlassen."

184 Vgl. oben Einleitung I 2 c S. 4 ff.

185 A.a.O. S. 12.

recht besonders aufschlußreich. "Als die Freiheitsrechte von der öffentlichen Gewalt verstanden, als welche sie erstritten worden waren, hatten sie auf die inneren Beziehungen der Rechtsunterworfenen keinen Einfluß gewinnen können." Deshalb sei die Anerkennung der Drittwirkung "ein erregendes Symptom nicht nur dafür, daß in der modernen Gesellschaft die Begrenzung zwischen Staat und Gesellschaft gefallen ist, die den konstitutionellen Staat kennzeichnete, sondern auch für die fortschreitende Angleichung der ethischen Prinzipien, auf denen das Verhalten der staatlichen Gewalt zu den Bürgern einerseits und das der Rechtsgenossen untereinander auf der anderen Seite beruht".
Hans H u b e r kennzeichnet dieses Postulat der Drittwirkung der Grundrechte zutreffend als "Spiegelbild der soziologischen und moralischen Entwicklung der abendländischen Welt"[186] und - im Anschluß an W i e a c k e r - als "auf die stets sich wandelnde soziale Wirklichkeit bezogen".[187]

Die dargestellte Form der Verklammerung von Arbeitsrecht und Verfassungsrecht ist somit für die wesentliche Problemstellung dieser Arbeit wichtig. Sie könnte sich auf die Chancen der behinderten bzw. medizinisch rehabilitierten Stellenbewerber erhöhend auswirken.

e) Stellungnahme zum Gesichtspunkt der "sozialen Gewalt" und deren Einfluß auf die Privatautonomie

Von dieser Argumentationsebene aus kommt es bei der juristischen Prüfung eines Lebenssachverhaltes demnach auf den Tatbestand "soziale Gewalt" an, ohne daß dann die Anwendungsmodalitäten der Drittwirkung entscheidend wären. Er ist damit für die vorliegende Arbeit wichtig, so daß es auf seinen Aussagegehalt ankommt. Soziale Gewalt ist in einer Norm zwar juristisch (wenn auch nur allgemein) umschreibbar. Entscheidend ist aber, daß es sich hierbei um einen soziologischen Begriff

---

186 A.a.O. S. 281.
187 A.a.O. S. 281 mit Fn. 80.

handelt. Dessen juristische Anwendung ist nur vorstellbar, wenn man hierbei von rechtstatsächlichen Angaben ausgeht. Eine Regelungsfunktion kann dem Begriff "soziale Gewalt" nur beigemessen werden, wenn ihre Existenz im Einzelfall bewiesen bzw. beweisbar ist.
Demnach steht der folgende Versuch einer nur allgemeinen Umschreibung dieses soziologischen Phänomens unter dem Vorbehalt einer konkreten Machtlage des Arbeitgebers im Einzelfall:

Man wird nicht davon sprechen können, daß die Positionen von Arbeitgebern und Stellenbewerbern gleichrangig sind, wenn es um das "Ob" des Vertragsschlusses geht. Wie D ä u b l e r [188] meint, mag es für den Unternehmer notwendig sein, zusätzliche Aufwendungen für einzulegende Überstunden oder für Produktionseinschränkungen zu tragen, wenn er nach freiem Entschluß zögert, Arbeitnehmer nicht einzustellen. Für den abgewiesenen Stellenbewerber hingegen ist der Vertragsschluß eine Frage der Existenzsicherung.
Daher kann bereits ein Einstellungsgespräch ein soziales Spannungsverhältnis erzeugen, das sich ausschließlich zum Nachteil des Bewerbers auswirken kann. Diese so zu seinem Nachteil vermittelte Objektsituation widerspräche selbst dem liberalen Ausgangsgedanken der Vertragsfreiheit, hier die der Arbeitsuchenden.
Vielmehr wird man unter diesen realen Bedingungen davon sprechen müssen, daß an Stelle der Selbstbestimmung tatsächlich Fremdbestimmung[189] besteht, daß die Vertragsfr iheit für den Bewerber um einen Arbeitsplatz allenfalls auf eine formale Rechtsposition herabgesetzt ist.[190] Sie kann bei jenen Personen zusätzlich geschmälert werden, welche von ihnen "nicht zu vertretenden" Faktizitäten unterliegen, wie z.B. Alter,

---

188 A.a.O. S. 3.

189 Vgl. Däubler a.a.O. S. 3; Esser Lb. Bd. I, § 11/1, S. 82; Hueck bei Hueck/Nipperdey Lb. Bd. I, § 7 I, S. 26 mit dem Hinweis auf ein starkes wirtschaftliches Übergewicht des Arbeitgebers. Es ergebe sich daraus, daß im allgemeinen der mittellose, zur Verwertung seiner Arbeitskraft wirtschaftlich gezwungene Arbeitnehmer dem im Besitz der Produktionsmittel befindlichen Arbeitgeber gegenüberstehe.

190 Vgl. Frey AuR 1961, 368 ff. (373); Nipperdey in Enneccerus/Nipperdey Lb. Bd. 1 Halbbd. 1 § 15 II 5 d, S. 103.

Behinderung.
V. Nell-Breuning [191] stellt zu der tatsächlichen Entwicklung der Selbstbestimmung zur Fremdbestimmung zusammenfassend fest: "Das ist keine sozialistische oder marxistische Propagandathese, sondern die übereinstimmende Feststellung aller, auch der bürgerlichen Ökonomen, Soziologen und Historiker, die sich mit dem Kapitalismusproblem beschäftigt haben."

Bei einer konkreten Beurteilung solcher "realen Bedingungen", die zu einer Einschränkung der Vertragsfreiheit der Stellenbewerber führen können, wird man nicht nur von deren individuellen Beziehungen zu den in Aussicht genommenen Arbeitgebern ausgehen, sondern auch konjunkturelle Entwicklungen mit ihren Auswirkungen auf den regionalen und lokalen Arbeitsmarkt berücksichtigen müssen. So wird in Zeiten der Vollbeschäftigung bei einem Überangebot freier Arbeitsstellen die Abhängigkeit des Arbeitsuchenden von Arbeitgebern abnehmen, weil "die Arbeitslosigkeit nicht mehr als Schreckgespenst im Hintergrund erscheint"[192]. Andererseits wird sie bei einer wirtschaftlichen Rezession steigen.
Nach Gamillscheg [193] ist die Macht (des Arbeitgebers), den Willen des anderen zu beugen, zu bejahen, wenn dieser hic et nunc darauf angewiesen ist, die angebotene Stelle zu erhalten. Die Zwangslage des Arbeitnehmers könne auf allgemeiner, verbreiteter Arbeitslosigkeit beruhen oder darauf, daß ein Betrieb - etwa in industriell wenig erschlossener Gegend - eine tatsächliche Alleinstellung in der Vergabe der Arbeit habe. Sie könne auch darauf beruhen, daß der gewählte Beruf tatsächlich allein in einem Betrieb erlernt oder ausgeübt werden kann.
In der Praxis müßte dies dann dazu führen, daß - die Existenz seiner sozialen Gewalt bei Einstellungsverhandlungen unterstellt - die Abschlußfreiheit des Arbeitgebers gegnüber dem

---

191 Zitiert bei Däubler a.a.O., S. 3 f. (Fn. 16).
192 Ramm, "Rechtssoziologie" a.a.O., S. 168.
193 AcP 164, 385 ff. (411 f.).

geschützten Grundrecht des Bewerbers zurücktreten muß. Dem Arbeitgeber sei, wie Gamillscheg[194] betont, eine verfassungswidrige Einstellungspolitik verwehrt, er sei in der Auswahl seiner Arbeitskräfte beim Abschluß des Arbeitsvertrages nicht frei.

Trotz der vorgeschlagenen Maßstäbe zur Bestimmung der "sozialen Gewalt" erscheint es aus methodologischen Erwägungen dennoch bedenklich, allein auf Grund dieses Tatbestandes konkrete Schlußfolgerungen im Einzelfall zu ziehen. Zwar ist es vorstellbar, daß ein vielleicht generalklauselartig umschriebener Tatbestand der "sozialen Gewalt" durch den Richter ausfüllbar und dadurch konkretisierbar ist.
Zu bedenken ist aber folgendes: Genau genommen, eröffnet der Begriff "soziale Gewalt" unter dem erörterten Gesichtswinkel zunächst den Weg einer Grundrechtsdrittwirkung. In der Argumentationskette ist dies gleichsam nur das erste Glied. Insofern ist soziale Macht zutreffend als "Schlüssel des Problems der Drittwirkung"[195] zu kennzeichnen.
Indessen fragt es sich, in welcher Weise soziale Macht im Arbeitsrecht praktisch relativiert werden kann, wenn der Weg der Grundrechtsdrittwirkung nun einmal tatsächlich eröffnet ist. Dies ist wohl das zweite Glied in jener Argumentationskette:
Die Drittwirkung ist das formale Ergebnis, zu dem ein für richtig empfundener, ebenso formaler Lösungsweg geführt hat. Hingegen ist über die sichtbare, materiell-rechtliche Geltung der Grundrechte im Arbeitsrecht im Grunde genommen noch nichts weiter ausgesagt. Vielmehr bedarf es hierzu einer Untersuchung der verfassungsrechtlichen Normen, abgestellt auf jeden Einzelfall.

Nur der so zu gewinnende Befund vermag den formalen Weg zur anerkannten Drittwirkung der Grundrechte materiell-rechtlich

---

194 AcP 164, 385 ff. (412 f., 417 f.).
195 So Gamillscheg AcP 164, 385 ff. (407).

wirksam auszubauen: Der konkrete Inhalt eines Grundrechts - genauer: erst die Rechtssätze, die sich aus einem Grundrecht ableiten, komplettieren die Drittwirkung, indem sie genau beschreiben, was denn eigentlich per Drittwirkung aus dem Verfassungsrecht ins Arbeitsrecht übertragen werden soll.
Für den Problemkreis der Privatautonomie und des bei ihr vorausgesetzten, verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf freie Selbstbestimmung stellt sich damit die Frage, welche konkreten und auf den vorliegenden Untersuchungsbereich bezogenen Wirkungskräfte Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG in seinen mannigfachen Funktionen besitzt: ob das Freiheitsgrundrecht die Situation der Stellenbewerber positiv beeinflußt und so dazu geeignet ist, das Planziel der beruflichen Rehabilitation, die Sicherung eines Arbeitsplatzes, zu realisieren. Soziale Gewalt des Arbeitgebers bei Einstellungsverhandlungen im Einzelfall unterstellt, müßte zu der Frage führen, welche Rechtssätze die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung inhaltlich konkretisieren - wiederum abgestellt auf die Situationen der Stellenbewerbungen. Dabei könnte sich ergeben, daß Art. 2 I, 1 I GG zugunsten des behinderten oder medizinisch rehabilitierten Stellenbewerbers die Abschlußfreiheit des Arbeitgebers bis zu einem bestimmten Grad zurückzudrängen vermag.

Deswegen bedarf es der weiteren Überlegung, in welcher Weise das mit dem Schutz der Menschenwürde untrennbar verbundene Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit inhaltlich durch Auslegung konkretisiert werden kann, damit sich für die Rechtsanwendung im Privatrecht über die Drittwirkung praktikable Lösungsvorschläge entwickeln lassen. Die folgenden Erwägungen müssen sich demzufolge zunächst auf den methodisch-verfassungsrechtlichen Weg konzentrieren.
Denn man kann - die erörterte Drittwirkung der Grundrechte vor Augen - noch nicht sagen, daß bereits beim Vorliegen "sozialer Gewalt" und ohne Rückgriff auf eine konkrete Grundrechtsposition die Einstellungsverhandlungen zwischen Arbeitgebern und medizinisch rehabilitierten bzw. noch behinderten Stellenbewerbern entproblematisiert seien.

2. Die sozialstaatliche Interpretation der Grundrechte als Faktor für den Bedeutungswandel der Grundrechte in ihrer materiell-rechtlichen, inhaltlichen Wirkungsweise und Geltung insbesondere im Arbeitsrecht

Die bisherigen Ausführungen zur Verklammerung von Arbeitsrecht und Verfassungsrecht müssen sich demzufolge auf eine weitere Dimension der Grundrechte richten, die in dieser Arbeit noch nicht näher erörtert wurde. Sie ist mit dem gerade behandelten Bedeutungswandel der Grundrechte zur Drittwirkung in der geschichtlichen Entwicklung[196] eng verbunden und betrifft - schlagwortmäßig - die Problematik der "sozialen Grundrechte".[197]

Es ist dies neben der ersten Phase der Modifizierung der Grundrechte, dem Wandel in der Schutzrichtung[198] die zweite Phase, nämlich die des Wandels in der materiell-rechtlichen, inhaltlichen Wirkungskraft der Grundrechte durch deren sozialstaatliche Interpretation.

Die für erforderlich gehaltene methodische Erwägung betrifft damit die Frage, wie die Verbindungen zwischen den Grundrechten und dem Sozialstaatsprinzip verfassungsrechtlich zu beurteilen sind. Die umfassende Untersuchung der Rechtsstellung der medizinisch rehabilitierten und noch behinderten Stellenbewerber im Vorfeld des Arbeitsvertragsschlusses muß daher diese verfassungsrechtliche "Ausweitung" berücksichtigen, denn sie ist - wie sich zeigen wird - für die Verklammerung von Arbeitsrecht und Verfassungsrecht von essentieller Bedeutung.

B a d u r a [199] kennzeichnet den Wandel in der materiell-rechtlichen Wirkungskraft der Grundrechte von einem ideenmäßigen Ausgangspunkt her treffend: "Der Sozialstaatssatz tritt auf dem Boden der Einsicht, daß die Verfassung insoweit ihren bloß freiheitsgewährleistenden Charakter überschreiten muß, als die soziale Gerechtigkeit Bedingung individueller Freiheit

---

196 S. hierzu Badura, Der Staat 1975, 17 ff. (18).

197 Vgl. die grundlegenden Gedanken hierzu in der Einleitung, I 2 c, S. 4 ff.

198 S.o. c, S. 54 ff.; "Wandel" in dem Sinne, daß sich Grundrechte nicht nur gegen den Staat richten, sondern auch gegen soziale Gewalt im Privatrechtsverkehr.

199 Der Staat 1975, 17 ff. (34).

ist, mit den Grundrechten in einen spezifischen Zusammenhang."

Die Einwirkung des Sozialstaatssatzes auf die einzelnen Grundrechte verpflichtet daher den Juristen, bei der arbeitsrechtlichen Beurteilung von Lebenssachverhalten die tatsächlichen Voraussetzungen der Ausübung z.B. einzelner Freiheitsrechte zu berücksichtigen. Bereits das "Richtungsproblem" (erste Phase des Bedeutungswandels der Grundrechte) ist in der geschichtlichen Entwicklung vornehmlich des Arbeitsrechts entstanden und im Interesse eines realitätsbezogenen Arbeitsrechts gelöst worden. Die zunächst methodisch zu beurteilende weitere Phase der materiell-rechtlichen, inhaltlichen Auslegung der Grundrechte durch Einbeziehung des Sozialstaatssatzes (zweite Phase des Bedeutungswandels der Grundrechte) verwirklicht dieses vom Richtungsproblem her ermöglichte Ziel: Dies gilt z.B. für die Beurteilung sozialer Spannungsverhältnisse bei der Anbahnung von Arbeitsverhältnissen. Hier führt die realistische Betrachtung des Arbeitslebens generell dazu, die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers sozial gebunden aufzufassen,[200] ohne daß über den konkreten Inhalt dieses Tenors an dieser Stelle bereits Näheres ausgesagt werden muß.

Wie bei der "Richtungsfrage" der Grundrechtswirkung geht es auch in dieser Phase nicht um eine ideologische Verbrämung klarer Grundrechtspositionen, sondern um eine methodisch begründete Verfassungsinterpretation.
Daher kommt es für die weitere Untersuchung darauf an, wie sie die Rechtsposition des hier behandelten Personenkreises in der beruflichen Rehabilitation, d.h. dessen Chancen bei Abschlußverhandlungen ausgestaltet. Die angekündigte verfassungsrechtliche "Ausweitung", die diese Untersuchung somit erfährt, baut also auf dem bereits erörterten Faktum der Drittwirkung der Grundrechte auf.
Die Arbeit muß sich daher der Frage zuwenden, wie die zu prüfende Rechtsposition des genannten Personenkreises zu beurteilen ist, und zwar unter dem Einfluß sozialstaatlich interpretierter Grundrechtspositionen.

---

200 Nipperdey, "Persönlichkeit" a.a.O., S. 753.

a) Sozialstaatlich interpretierte Grundrechte im Verhältnis zwischen Staat und Bürger

In der Bundesrepublik Deutschland ist neben der Richtungsänderung der Grundrechtswirkung ein weiterer Strukturwandel der Grundrechte unverkennbar, und zwar erstens bezüglich der staatlichen Leistungsverpflichtungen: Auf der breiten Skala des Grundrechtsverständnisses - z.B. einerseits die These von M a u n z [201], der Staat sei nicht verpflichtet, die tatsächlichen Voraussetzungen der Ausübung einer grundrechtlichen Freiheit herzustellen; andererseits die These von R u p p [202], der eine "Uminterpretation der bisherigen defensiven Grundrechte in positive Leistungsverpflichtungen des Staates" konstatiert - zeichnet sich "eine deutliche Akzentverschiebung ab, eine Verschiebung, die inzwischen den Charakter einer Mutation angenommen hat".[203]

Dieser Prozeß ist von jener Interpretation des Grundgesetzes abhängig, das den demokratischen und sozialen Rechtsstaat konstituiert hat.[204] Somit findet dieser Prozeß seine normative Legitimation in der verfassungsrechtlichen Verbürgung des Sozialstaatsprinzips.[205]
Einen solchen konstruktiven Schritt hat das BVerfG z.B. im "Numerus-clausus-Urteil"[206] unternommen, in dem das Gericht Art. 12 I GG über den Sozialstaatssatz in Richtung eines Teilhaberechtes ausgelegt hat ("Recht des die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen erfüllenden Staatsbürgers auf Zulassung zum Hochschulstudium seiner Wahl nach Maßgabe der vom Staat zur Verfügung gestellten Kapazitäten"). Dabei hat der Senat ausgeführt: "Je stärker der moderne Staat sich der sozialen Sicherung und kulturellen Förderung der Bürger zuwendet, desto mehr tritt im Verhältnis zwischen Bürger und Staat neben das ursprüngliche Postulat grundrechtlicher Freiheitssicherung

---

201 In Maunz/Dürig/Herzog GG Art. 7, Rdnr. 86.

202 JZ 1971, 401 ff. (402).

203 So Friauf, DVBl. 1971, 674 ff. (675); s. auch Tomandl a.a.O. S. 16 mit der Bemerkung, die sozialen Grundrechte des Menschen hätten international und national volle gesellschaftliche Anerkennung gefunden, "die allmähliche Mutation zum Wohlfahrtsstaat ist sogar der charakteristische Zug moderner Staatenentwicklung").

204 Vgl. oben Einleitung I 2 c, S. 5.

205 Wie Fn. 203.

206 BVerfG E 33, 303 ff. (330) vom 18.7.1972 (betr. Medizinstudium).

vor dem Staat die komplementäre Forderung nach grundrechtlicher Verbürgung der Teilhabe an staatlichen Leistungen."
Diese Linie hat das BVerfG im "Hochschul-Urteil"[207] eingehalten, in welchem es ebenfalls über die direktive Wirkung des Sozialstaatsprinzips aus Art. 5 III GG die Pflicht des Staates abgeleitet hat, funktionsfähige Institutionen für einen Wissenschaftsbetrieb zur Verfügung zu stellen. Die Ausübung der Wissenschaftsfreiheit sei hier notwendig mit einer Teilhabe an staatlichen Leistungen verbunden.
Angesichts dieser höchstrichterlichen Rechtsfortbildung wird man - wie auch Badura[208] betont - davon ausgehen müssen, daß das Prinzip der sozialstaatlichen Interpretation der Grundrechte (Badura: der sozialen Grundrechte) im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland eine hinreichende Wirklichkeit besitzt. Gerade die beiden Beispiele unterstreichen die direktive Wirkung des Sozialstaatssatzes, hier auf Art. 12 I, 5 III GG, und legen sie über ihren staatsabwehrenden Rechtsgehalt hinaus teilhaberechtlich aus. Praktisch ist dies die Verwirklichung des mit dem Sozialstaatssatz verknüpften Prinzips sozialer Grundrechte, "das der Fortbildung des Verfassungsrechts durch Grundrechtspraxis und -dogmatik zu verdanken ist".[209]

Diese Tendenz wird schließlich dadurch bestätigt, daß der Erste Abschnitt des E SGB-AT die programmatische Festlegung sozialer Rechte beabsichtigt,[210] u.a. auch das der Behinderten auf Eingliederung (§ 10 des Entwurfs). Bezüglich der teilhaberechtlichen Dimension dieser Ausgestaltung knüpft die Begründung des Regierungsentwurfs[211] an die internationale Rechtsentwicklung an, in der "sozialpolitische Leitideen immer häufiger auf den einzelnen bezogen und als 'soziale Rechte' formuliert werden". Die Entscheidung des GG für den sozialen Rechts-

---

207 BVerfG E 35, 79 ff. (114) vom 29.5.1973, betreffend die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 III GG).

208 Der Staat 1975, 17 ff. (37).

209 Badura, Der Staat 1975, 17 ff. (37); vgl. auch Wertenbruch "Sozialverwaltungsrecht", a.a.O. S. 318 ("Soziale Grundrechte" als Verdeutlichung des "Wandels von der bürgerlich-liberalen Staatlichkeit zum 'sozialen Rechtsstaat'").

210 Vgl. hierzu oben Einleitung I 2 b, S. 3 f.

211 BT-Drucks. 7/868, Teil A VII zu 1, S. 21.

staat sei durch den Gesetzgeber fortlaufend konkretisiert worden: "inhaltlich dahin, daß der Staat für soziale Gerechtigkeit und soziale Sicherheit seiner Bürger verantwortlich ist und deshalb im Rahmen des Nötigen und Möglichen ausreichende Sozialleistungen zur Verfügung zu stellen hat." Hinsichtlich der rechtlichen Ausgestaltung gehe diese Konkretisierung dahin, "daß der einzelne nicht Objekt der staatlichen Sozialpolitik, sondern Träger von Rechten ist, die auf Teilhabe[212] an der vom Staat geleisteten sozialen Förderung und Sicherung gerichtet sind."

Die sozialstaatliche Dimension der Grundrechte wird - wie auch Friauf[213] feststellt - allgemein anerkannt, und zwar deswegen, weil "das Sozialstaatsprinzip als eine der verfassungsprägenden Fundamentalentscheidungen[214] eine maßgebliche Rolle bei der Auslegung des GG zu spielen hat".[215] Zu Recht wird daher betont, daß bei der Auslegung der Grundrechte über das Sozialstaatsprinzip als zentraler Leitlinie der Verfassung nicht hinweggegangen werden könne[216] und ein "vom Gedanken des sozialen Rechtsstaates determiniertes Grundrechtsverständnis" nicht nur legitim, sondern schlechterdings geboten sei.[217]

Der entscheidende Leitgedanke dieser sozialstaatlichen Dimension der Grundrechte betrifft damit die s o z i a l e Grundrechtserfüllung, der die "Schaffung tatsächlicher Chancengleichheit in realer grundrechtlicher Freiheit für alle"[218] aufgegeben ist. Da es um die soziale Grundrechtserfüllung geht, hängt dies von der rechtlichen Qualität des Sozialstaatsprinzips ab; es ist in der Korrelation mit dem Schutz der Men-

---

212 Hervorhebung durch den Verfasser A.B.

213 DVBl. 1971, 674 ff. (676).

214 "Einer der tragenden Grundsätze unseres Staates" nach Nipperdey "Persönlichkeit", a.a.O. S. 805 mit umfangreichen N. auf diese hiermit gleichlautende Rechtsprechung des BVerfG unter Fn. 302.

215 Friauf a.a.O. mit Hinweisen auf BVerfG E 1, 97 ff. (105) und Zacher AöR 93, 341 ff. (368 bis 370).

216 Gerber AöR 81, 1 ff. (38); Friauf DVBl. 1971, 674 ff. (676).

217 Friauf wie Fn. 216 m.w.N.; vgl. ferner Daum RdA 1968, 81 ff. (81); Dirschmied AuR 1972, 257 ff. (258); Schambeck a.a.O. S. 31.

218 Häberle VVDStRL 30, 43 ff. (84).

schenwürde und dem der freien Entfaltung der Persönlichkeit auf die "tatsächlichen, insbesondere ökonomischen Verhältnisse zu projizieren, auf die konkrete Wirklichkeit, die z.T. noch hinter den verfassungsrechtlichen Anforderungen zurückbleibt".[219]

Im Grunde liegt in dieser sozialstaatlichen Dimension der Grundrechte in der Gestalt staatlicher Leistungsfunktionen die Chance, Grundrechtsverbürgungen unter dem Blickwinkel ihrer realen, d. h. sozialen Bedingungen[220] zu sichern. Denn selbst wenn man den Kern grundrechtlicher Aussagen im Verbot eines Eingriffs z.B. in die von Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG geschützte autonome Selbstbestimmungsfähigkeit des einzelnen, isoliert gesehenen Individuums beurteilt, so muß eben diese Selbstbestimmungsfähigkeit immerhin vorhanden sein. Eine derartige, nur auf die Abwehrfunktion des Freiheitsgrundrechts bezogene Aussage muß demnach die autonome Freiheit der Selbstbestimmungsfähigkeit voraussetzen. Da Freiheitsrechte ohne die tatsächlichen Voraussetzungen, Freiheit auch in Anspruch nehmen zu können, aber wertlos sind,[221] dient die Sozialstaatsklausel in ihrer die Grundrechte determinierenden Funktion der Schaffung materieller Grundrechtsvoraussetzungen; sie bewirkt in dieser Kombination den Abbau von Grundrechtsdefiziten, indem sie nicht nur eine abstrakte Grundrechtserfüllung ohne Realitätsbezug, sondern die Erfüllung "sozialstaatlicher Grundrechtsaufgaben" sichert und dieser Erfüllung eine sozialpolitische Zielrichtung angibt.[222]

---

219 Häberle VVDStRL 30, 43 ff. (97 m. Fn. 229).

220 Das unterstreicht auch Badura, Der Staat 1975, 17 ff. (17), von seinem Ausgangspunkt der sozialen Grundrechte her, deren Prinzip er insbesondere im Sozialstaatssatz ausgedrückt sieht (a.a.O. S. 29).

221 Lutz-Rainer Reuter, DVBl. 1974, 7 ff. (12); Häberle VVDStRL 30, 43 ff. (96); Martens, VVDStRL 30, 7 ff. (28) mw.N. hierzu. Martens hält es für nicht möglich, mit dem Instrumentarium juristischer Grundrechtsauslegung z.B. die normativen Gewährleistungen der Freiheitsrechte auf die Vorbedingungen des Freiheitsgebrauchs zu erstrecken; er beschränkt sich darauf, die Leistungs- und Teilhaberechte gegen den Staat als leges imperfectae anzusehen, welche der Konkretisierung und Aktualisierung durch den Gesetzgeber bedürften (S. 29 und Leitsätze 14 und 16, S. 41 f.).

222 Vgl. hierzu z.B. Häberle a.a.O., S. 95; zum sozialen, realistischen Grundrechtsverständnis dens. a.a.O. durchgehend ab S. 80 mit den Leitsätzen 32 ff. (insbes. 32, 36) auf S. 138.

Hiermit soll allerdings nicht der Existenz sozialer Grundrechte in der Verfassung das Wort geredet werden. Die Ergänzung des Grundgesetzes ist eine verfassungspolitische Frage, die zudem von der Normqualität und Justiziabilität der sozialen Grundrechte abhängt.[223] Eine sonach eingehende Beurteilung

---

223 Gegen die verfassungsrechtliche Verankerung sozialer Grundrechte in der spezifischen Form subjektiv-öffentlicher Rechte wendet sich B r u n n e r , a.a.O. S. 14 ff. aus drei Gründen: Einmal setzten Leistungsansprüche logischerweise die Verfügungsmacht des Anspruchsgegners über das Anspruchsobjekt voraus (vgl. hierzu auch T o m a n d l , a.a.O. S. 8) - die Verfügungsmacht der freiheitlich-demokratischen Staaten über die potentiellen Anspruchsobjekte sei z.B. in einer freien Marktwirtschaft sehr beschränkt; zum zweiten sei die natürliche Knappheit der Anspruchsobjekte eine faktische Schranke aller sozialen Grundrechte, mag der Staat auch die rechtliche Verfügungsmacht über die Anspruchsobjekte besitzen.
Zum dritten setzten die dem jeweiligen Stand der ökonomisch-gesellschaftlichen Entwicklung und der staatlichen Leistungsfähigkeit Rechnung tragendenund folglich jederzeit realisierbaren Grundrechte eine genaue Bestimmung des Leistungsumfangs voraus - es gebe aber kaum soziale Grundrechte, deren Inhalt in einem lapidaren Verfassungssatz umschrieben werden könnten. Vgl. hierzu z.B. Badura, Festschrift für Berber a.a.O. S. 42; ders. Der Staat 1975, 17 ff. (26); Daum RdA 1968, 81 ff. (83 f unter II); Dirschmied AuR 1972, 257 ff. (261 f. zum sozialen Grundrecht "Recht auf Arbeit"); Lambusch AuR 1972, 268 ff. (270 f.); H.H. Klein "Grundrechte", a.a.O. S. 65; v. Mangoldt/Klein, GG Vorbem. A IV 3, S. 74; Schambeck a.a.O., S. 99 f., 102; ScheunerDÖV 1971, 505 ff. (513), der es für falsch hält, bei der Situation der Grundrechte im Sozialstaat, d.h. der Einwirkung sozialstaatlicher Verhältnisse auf die Grundrechte, auf soziale Grundrechte zu großes Gewicht zu legen; Tomandl a.a.O. S. 25 ff. bes. S. 30; Wannagat in Festschrift für Werner Weber, a.a.O. S. 821; Wertenbruch "Sozialverfassung", a.a.O. S. 30 f.; Zacher "Sozialpolitik und Menschenrechte", a.a.O. S. 11 f., 29, 33 ff.
B a d u r a in der Festschrift für Berber, a.a.O. S. 43, meint hierzu weiter und differenzierend, daß die begrenzte Normierbarkeit sozialer Grundrechte für "arbeitsrechtliche Grundrechte" nur zum geringen Teil gelte. In erheblichem Ausmaß könnten sie "als Abwehrrechte gegen die öffentliche Gewalt, gegen die sozialen Mächte und gegen den Arbeitgeber ausgeformt werden". Gleiches gelte für programmatische Teilhaberechte und Gestaltungsaufträge (Leistungsrechte). Sie könnten "als individualisierbare Pflichten eines Dritten rechtlich individualisiert werden". Im Übrigen mißt B a d u r a (a.a.O. S. 44 f.) einer beschränkten und nur direktiven verfassungsrechtlichen Verankerung der sozialen Grundrechte insbes. die Bedeutung zu,

Fortsetzung S. 73

ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich, auch nicht erforderlich. Will man den Befund eines sozialstaatlich interpretierten Grundrechts etwa als "soziales Grundrecht" in der Verfassung verankern, so setzt das eben die Interpretation voraus. Nur um sie geht es in dieser Arbeit, nicht um den gesetzestechnischen, also weiteren Schritt einer Verfassungsergänzung (oder -erläuterung) durch spezifizierte Grundrechte.

Faßt man diese Ausführungen zum materiell-rechtlichen Bedeutungswandel der Grundrechte im Staat-Bürger-Verhältnis - und zwar die Ausführungen zu diesem Vorgang an sich - zusammen, so ist folgendes zu sagen:
Sozialstaatlich interpretierte Grundrechte überschreiten in ihrer staatsgerichteten Wirkungsweise den bloß freiheitsgewährleistenden, insofern nicht umfassend sichernden Charakter des Verfassungsgesetzes. Sie führen zu teilhabe- und leistungsrechtlichen Dimensionen z.B. der Freiheitsrechte. U.a. die Rechtsprechung des BVerfG bestätigt die Entwicklung. Prinzipiell beruht dies auf der Erkenntnis, daß eine ausschließlich am Idealbild des liberalistischen Freiheitsverständnisses festhaltende Grundrechtsinterpretation weder realitätsnah wäre noch berücksichtigte, daß das GG den sozialen Rechtsstaat konstituiert hat.

b) Sozialstaatlich interpretierte Grundrechte im Verhältnis zwischen Bürgern als Teilnehmer am Privatrechtsverkehr

Der materiell-rechtliche, inhaltliche Bedeutungswandel der Grundrechte erschöpft sich in der staatsgerichteten Wirkungsweise allerdings nicht.

Vielmehr bewirkt der dargestellte spezifische Zusammenhang zwischen den Grundrechten und dem Sozialstaatsprinzip, daß

Fortsetzung von Fn. 223

die in der Rechtsordnung erreichte Entwicklung des sozialen Rechtsstaates klarer zum Ausdruck zu bringen und den Fortgang der Gesetzgebung dadurch anregend mit einer verbindlichen Perspektive zu versehen (so auch in Der Staat 1975, 17 ff. (38); vgl. hierzu ferner Häberle VVDStRL 30, 43 ff. (90 ff.); Dirschmied AuR 1972, 257 ff. (260, 264, 267): positiv-rechtliche Implikation des Gedankens der Sozialstaatlichkeit; Schambeck, a.a.O. S. 112; a.M. H.H. Klein in Festschrift Werner Weber, a.a.O. S. 654: generell ablehnend mit der Feststellung, daß zumal der Grundrechtsteil der Verfassung nicht die Funktion eines Registers wichtiger Gesetzgebungsakte oder -wünsche ist.

diese in den Grundrechtsverbürgungen angelegte direktive Wirkung gegen den Staat (materiell-rechtlicher, inhaltlicher Bedeutungswandel) die Rechte und Pflichten im Privatrechtsverkehr beeinflußt. Dies geschieht über den oben[224] geklärten Bedeutungswandel der Grundrechte zu ihrer Drittwirkung[225] und führt im Ergebnis zur Drittwirkung der sozialstaatlich interpretierten Grundrechte im Privatrecht (Arbeitsrecht).

Dies ist somit wiederum vom Sozialstaatsprinzip geprägt. Es könnten sich freilich auch hier - ähnlich wie im Falle der Grundrechtsdrittwirkung - generelle Bedenken gegen eine privatrechtsgestaltende Wirkung des Sozialstaatsprinzips ergeben. Das ist auch angesichts der Tatsache denkbar, daß es jetzt um eine grundrechtsvermittelte Drittwirkung geht - allerdings stellte sich die Frage nicht anders, wenn man nur die Privatrechtswirkung eines isolierten Sozialstaatsprinzips in Betracht zöge.[226]

Indessen wäre gegen solche Bedenken folgendes einzuwenden: Nach einhelliger Ansicht ist das Sozialstaatsprinzip kein Grundrecht. Zweifel, die sich bei der Drittwirkung der Grundrechte aus deren staatsgerichteter Abwehrfunktion oder Abwehrrichtung ergeben können, müßten demnach beim Sozialstaatsprinzip ausscheiden. Insofern ist es längst nicht so problemträchtig wie die Privatrechtswirkung der Grundrechte, abgesehen von deren Beurteilung beim Vorliegen "sozialer Gewalt"; dies spricht daher (zumindest prima facie) für die Vermutung der auch privatrechtsgerichteten Wirkungsweise des Sozialstaatsprinzips.[227]

---

224 S. das Zwischenergebnis unter II 1 d, S. 60 f.

225 Vgl. hierzu z.B. Badura Der Staat 1975, 17 ff. (27 unten und 28 oben).

226 Ein solcher Schritt wäre nach der hier vertretenen Ansicht mit Rücksicht auf die Einheit des Verfassungsrechts abzulehnen: Der Schutz der Würde des Menschen unter freier Entfaltung seiner Persönlichkeit ist sowohl in der rechtsstaatlichen wie auch in der sozialstaatlichen Komponente des sozialen Rechtsstaates integriert (vgl. z.B. Neumann-Duesberg, Lb. 7. Kap. II 4, S. 77);vgl. ferner W. Bogs ZSR 1964, 1 ff. (9): Verfassung als einheitliche Ordnung mit nicht isoliert, sondern zusammenhängend zu verstehenden Grundwertentscheidungen.

227 Vgl. in diesem Sinne z.B. Frey AuR 1961, 298 ff. (302).

Weitere Bedenken bezüglich eines privatrechtsgestaltenden Sozialstaatsprinzips, das mit den Grundrechten in einheitlicher Verbindung steht (Integration), könnten sich aus der inhaltlichen Konkretisierbarkeit dieses Postulats ergeben.

Nun betrifft dies auch den Bedeutungswandel der Grundrechte in ihrer staatsgerichteten Wirkungsweise, ohne daß zu bezweifeln ist, daß das Prinzip der sozialstaatlichen Interpretation der Grundrechte geklärt ist.
Folglich handelt es sich auch bei der Drittwirkung sozialstaatlich ausgelegter Grundrechte im Privatrecht (Arbeitsrecht) einmal um ein existierendes Prinzip, zum anderen um die noch zu lösende Frage, nach welchen Gesichtspunkten das Sozialstaatsprinzip auszulegen ist. Bedenken würden sich auf diesen letzten Punkt beziehen, ohne daß die Existenz der Drittwirkung sozialstaatlich interpretierter Grundrechte verleugnet werden könnte.

Beschränkt man sich daher zunächst auf den allgemeinen Funktionszusammenhang zwischen den Art. 1 I, 2 I GG und dem Sozialstaatsprinzip, so kann in einer vorerst allgemeinen Beurteilung festgehalten werden, daß sich das in diesen Verfassungswerten ausprägende soziale Ethos auf die Privatrechtsbeziehungen der Bürger überträgt. Vornehmlich im arbeitsrechtlichen Schrifttum sind in dieser Hinsicht denn auch Forderungen erhoben worden, die die Sozialpflichtigkeit, die Sozialverantwortung aller Teilnehmer am Rechtsverkehr gegenüber der anderen Partei herausstellen.
Um diesen für die vorliegende Arbeit wichtigen Gesichtspunkt erörtern und prüfen zu können, ob er sich auf die Einstellungssituation des Personenkreises in der beruflichen Rehabilitation auswirkt, ist zuvor die juristische Verbindlichkeit des Sozialstaatsprinzips zu untersuchen.

c) Zusammenfassung

aa) Die Grundrechtsinterpretation und deren Relation zu den sozialen Gegebenheiten (Wirkungsinhalt)

Diese Arbeit folgt einer Grundrechtsinterpretation, die in den Grundrechten jeweils besondere und selbständige Verstär-

kungen und Verbürgungen bestimmter Rechtspositionen, Einrichtungen und Verfassungsprinzipien erblickt, wobei diese Grundrechtsinhalte von der aktuellen geschichtlichen Lage und dem Schutzbedürfnis gegen spezielle Gefährdungen der menschlichen Lage geprägt werden.[228]

Hierdurch ist zweierlei möglich: Einmal gelingt es, in hohem Maße die Probleme einer Freiheitsbewahrung trotz wirtschaftlich-sozialer Abhängigkeit der Menschen, also die Wirklichkeit der Freiheitsbetätigung zu erfassen; es geht darum, "die individualen Garantien formaler Freiheiten in materiale Freiheiten sozialer Chancen umzusetzen.[229]
Zum anderen trägt diese Interpretation der Rangstelle der Sozialstaatsklausel Rechnung: Sie ist (ohne daß ihr - im einzelnen erst noch zu untersuchender - Rechtscharakter hier schon vorweggenommen werden soll) bereits wegen der "Ewigkeitsgarantie" gem. Art. 79 III GG[230] umfassende Zielbestimmung für das gesamte Leben im Staat und prägt als eine Fundamentalnorm die gesamte Rechtsordnung. Insofern "ist sie z.B. auch 'Leitsatz' für alle Grundrechtsbestimmungen, d.h. sie überhöht den Katalog beträchtlich in ihrem Range und wirkt als Interpretationsnorm und subsidiäre Füllnorm ständig auf ihn ein".[231]
Die hier vertretene Grundrechtsinterpretation steht damit im Gegensatz zu jener, der liberalen Tradition sich verbunden fühlenden. Ihr liegt die Vorstellung zugrunde, welche vom autonomen, auch sozial unabhängigen Menschen ausgeht. Sie sieht den Kern der Grundrechtsentwicklung überwiegend im Freiheitsgedanken und versucht daher, die Grundrechte in erster Linie als gegen den Staat gerichteten Freiheitsraum so umfassend wie möglich zu entfalten. Dabei trägt sie der Tatsache kaum Rechnung, daß der Mensch wirtschaftlich und sozial in die

---

228 Vgl. hierzu Scheuner, DÖV 1971, 505 ff. (507).

229 Maihofer a.a.O. S. 32.

230 "Eine Änderung des Grundgesetzes, durch welche ... die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig." (Art. 20 verankert das Sozialstaatsprinzip).

231 Wertenbruch, Die Arbeiterversorgung 1961, 33 ff. (36) m.w.N.

Ordnungen der Produktion und Lebensformen eingespannt ist und stärker von mächtigen sozialen Gruppen als vom Staat abhängt.[232]

bb) Wirkungsrichtung der sozialstaatlich interpretierten Grundrechte

Eine demnach sozialstaatlich geprägte Grundrechtsinterpretation - für die im übrigen die Tatsache spricht, daß das GG den demokratischen und sozialen Bundesstaat konstituiert hat - konkretisiert das Staat-Bürger-Verhältnis; sie strahlt auch auf das Verhältnis der Bürger untereinander aus, die z.B. am Rechtsverkehr teilnehmen (Drittwirkung der sozialstaatlich interpretierten Grundrechte), z.B. im Arbeitsrecht.
Das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I, 28 I GG) hat hierbei eine entscheidende Funktion, so daß es darauf ankommt, in welchem Maße ihm eine normative Verbindlichkeit beizumessen ist. Demzufolge ist im weiteren Verlauf der Arbeit eine zweifache Prüfung vorzunehmen:

cc) Der in dieser Arbeit weiter einzuschlagende Prüfungsweg

Erstens ist zu prüfen, in welcher Weise die Position der Personen in der beruflichen Rehabilitation verfassungsrechtlich ausgebaut ist (teilhaberechtliche Dimension des sozialstaatlich interpretierten Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG[233]); zweitens, mit welchem Inhalt und mit welchem Ergebnis sich das sozialstaatlich interpretierte Grundrecht des Arbeitnehmers auf Achtung der Würde des Menschen und Sicherung der freien Entfaltung der Persönlichkeit[234] auf das Arbeitsrecht auswirkt, unter dem die wichtigste Problemstellung dieser Arbeit, die Arbeitsplatzsicherung zugunsten der medizinisch rehabilitierten und noch behinderten Stellenbewerber zu prüfen ist (privatrechtsgestaltende Wirkung der verfassungsrechtlichen Lage[235]).

---

232 Vgl. zu dieser Abgrenzung zusammenfassend Scheuner, DÖV 1971, 505 ff. (507).

233 Vgl. oben 2 a, S. 68 ff.

234 Badura, Der Staat 1975, 17 ff. (39) m.w.N.

235 Vgl. oben 2 b, S. 73 ff.

Zweiter Teil Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz der medizinisch rehabilitierten und der noch behinderten Stellenbewerber

Vorbemerkung

Die grundrechtsinterpretierende Funktion des Sozialstaatsprinzips bewirkt materiell, daß das Staat-Bürger-Verhältnis[1] konkretisiert wird. Prinzipiell ist diese Wirkungsweise gleichsam in zwei verschiedenen "Stoßrichtungen" des Sozialstaatsprinzips vorstellbar: Die verfassungsrechtliche Position der voll zu rehabilitierenden Stellenbewerber wäre bereits ausgebaut, wenn man feststellte, daß die Abschlußfreiheit der Arbeitgeber unter dem Einfluß des Sozialstaatsprinzips eingegrenzt[2] wäre. Unter dem Gesichtswinkel dieses Teils der Untersuchung könnte das im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Staat zur Pflicht des Staates führen, durch einfachgesetzliche Maßnahmen diese Eingrenzung (Art. 2 I GG durch das Sozialstaatsprinzip) z.B. mittels Änderung des BGB oder des SchwbG oder durch Textierung in einem Arbeitsgesetzbuch bzw. Arbeitsvertragsgesetz festzuschreiben.

Der diesbezügliche Prüfungsweg entspräche aber nicht dem Schwerpunkt dieser Arbeit, mag er auch zum gleichen Ergebnis, nämlich zum Ausbau der verfassungsrechtlichen Stellung der Arbeitsuchenden auf einem Teilgebiet führen.
Vielmehr ging und geht es einmal darum, die Bedeutung der Vertragsanbahnung und der beruflichen und sozialen Wiedereingliederung für einen möglichst optimalen Rehabilitationseffekt herauszuarbeiten. Zum anderen geht es zunächst darum, diese Bedeutung verfassungsrechtlich zu bewerten. Daher kommt es auf

---

1 Das sozialstaatlich geprägte Verhältnis der Bürger untereinander ist erst in einem späteren Prüfungsstadium der Arbeit entscheidend.

2 Sozialstaatsprinzip als Bestandteil der freiheitsbeschränkenden verfassungsmäßigen Ordnung gem. Art. 2 I GG (vgl. Ennecerus/Nipperdey, Lb. Bd. I, 1. Halbbd. § 15 II 2 c, S. 83); das System der Freiheitsverbürgungen ist durch den Vorbehalt des sozialen Rechtsstaats modifiziert (E.R. Huber, "Wirtschaftsverwaltungsrecht" § 3 III 4 c, S. 30).

einen umfassenden Persönlichkeitsschutz der Stellenbewerber an. Ihre verfassungsrechtliche Position ist nach Art. 2 I, 1 I GG und demzufolge das Sozialstaatsprinzip in dieser "Stoßrichtung" zu untersuchen, nicht dagegen der Sozialstaatssatz mit der Blickrichtung auf die Vertragsfreiheit der Arbeitgeber.
Gleichzeitig ergibt sich, daß das Sozialstaatsprinzip nicht isoliert getestet und eingesetzt wird, sondern "durch dieses hindurch an die Grundrechte selbst, als positive Kompetenznormen staatlicher Förderungspolitik,"[3] anzuknüpfen sein wird.

In der einen Funktion des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit i.V.m. dem Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes gem. Art. 12 I GG, nämlich der Vertragsfreiheit der Stellensuchenden, besteht dieser Schutz nicht. Jedenfalls ist er nicht effektiv. Daher ist zu erwägen, ob und in welchem Umfange die Art. 2 I, 1 I GG die Rechtsstellung der Bewerber verfassungsrechtlich ausgestalten und ob sich dies im Vorfeld der Vertragsanbahnung zu ihren Gunsten auswirkt. Gleichzeitig würde dies der Tatsache Rechnung tragen, daß "ein zentrales Grundrecht des Arbeitnehmers bei den Einstellungsverhandlungen ... das vielgestaltig aufgefächerte allgemeine Persönlichkeitsrecht (ist): Die Achtung der Würde des Menschen (Art. 1 GG) und die Sicherung der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 GG)".[4]

1. Kapitel Formallogische Struktur und materiell-rechtlicher Gehalt des Sozialstaatsprinzips in Literatur und Rechtsprechung

I Ausgangspunkt

Die Untersuchung des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, d.h. die Prüfung des zentralen Grundrechts der Ar-

---

3 Vgl. Häberle, VVDStRL 30, 43 ff. (106 mit Fn. 271 unten).

4 Badura in der Festschrift für Berber, a.a.O. S. 24 m.w.N. Bei dem zu prüfenden umfassenden Persönlichkeitsschutz steht die (enge) Vertragsfreiheit der Stellenbewerber unter dem (weiten) Gesichtspunkt der beruflichen Rehabilitation nicht im Vordergrund. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob die Vertragsfreiheit der Stellenbewerber von Art. 12 I GG oder von Art. 2 I GG gewährleistet wird. Bei einer Konkurrenz nimmt z.B. Maunz bei Maunz/Dürig/Herzog, GG Art. 12 Rdnr. 11, den Vorrang des letzteren an.

beitnehmer bei Einstellungsverhandlungen mit dem Blick durch das Sozialstaatsprinzip hindurch (Häberle) auf Art. 2 I, 1 I GG, hängt davon ab, welche Funktion das Sozialstaatsprinzip in der Einheit der Verfassung[5] übernimmt.

Sedis materiae für jede Erörterung dieses Postulats ist Art. 20 I GG. Zwar enthält auch Art. 28 I GG den Grundsatz der Sozialstaatlichkeit, da die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern u.a. den Grundsätzen des sozialen Rechtsstaates im Sinne des GG entsprechen muß. Hierin kommt aber höchstens eine Wiederholung oder Bekräftigung der bereits in Art. 20 I GG verankerten Prinzipien zum Ausdruck.[6] Denn gemäß dem Denkmodell des dreigliedrigen Bundesstaatsbegriffs[7] bedeutet bereits die Koppelung des "Sozialen" mit "Bundesstaat" in Art. 20 I GG auch die Verbindung des "Sozialen" mit den Gliedstaaten. Unterschiede ergeben sich ferner nicht etwa daraus, daß der in Art. 28 I GG in Bezug genommene "Rechtsstaat" in Art. 20 I GG nicht textiert ist: Es dürfte keinem Zweifel unterliegen, daß der Organisationsbegriff "Bundesstaat" auch rechtsstaatlichen Vorstellungen unterzogen werden muß. Das ergibt bereits Art. 20 II, III GG.
Schließlich ist Art. 79 III GG bedeutsam: er erklärt die in Art. 1, 20 GG niedergelegten Grundsätze für nicht veränderbar (auch nicht mit Zweidrittelmehrheit des Parlaments); Menschenwürde und (u.a.) Sozialstaatsprinzip sind damit praktisch als Ewigkeitsrechte garantiert.
Bereits hieraus ergibt sich der enge Zusammenhang von Menschenwürde und Sozialstaatsprinzip, der wie eine Grundlegung zum Verständnis des sozialen Rechtsstaates wirkt.[8]
Das Prinzip des sozialen Rechtsstaates ist längst in das Zentrum der grundgesetzlich "programmierten" Gesellschaftsordnung geraten.[9] Das zeigt auch die kaum mehr zu überblickende rechts-

---

5 Vgl. oben S. 74 mit Fn. 226.

6 Vgl. Abendroth, "Begriff", a.a.O. S. 115.

7 Vgl. v. Mangoldt/Klein, GG Art. 20 Anm. III 2, S. 588 f.

8 Vgl. Auerbach, "Sozialer Rechtsstaat" a.a.O. S. 271 unter Hinweis auf Art. 1 I GG; Wannagat, Lehrbuch, S. 171.

9 Vgl. hierzu auch Materialien zum Bericht zur Lage der Nation 1974, Drucks. 7/2423 Tz. 270.

und sozialwissenschaftliche Literatur, die sich ständig insbesondere mit der Frage nach dem Wesen der Sozialstaatlichkeit und damit befaßt, ob sie verfassungsrechtlich verbindlich ist.

Die vorliegende Arbeit muß hieran anknüpfen. Da sie nicht den Anspruch erhebt, das Prinzip des sozialen Rechtsstaats vollständig, theoretisch zu behandeln, muß sie sich darauf beschränken, den Meinungsstand in groben Strichen[10] zu skizzieren, und zwar mit dem Blick auf die hier zu prüfende Problematik der verfassungsrechtlichen Lage der noch Behinderten und der (schon medizinisch) Rehabilitierten ohne Arbeitsplatz, mit dem Blick auf entscheidungserhebliche, praktikable Gesichtspunkte.

Jeder Beitrag, der gezwungen ist, auf das Sozialstaatsprinzip zurückzugreifen, ganz besonders die Rechtspraxis in entscheidendem Maße, sieht sich daher vor die Schwierigkeit gestellt, den Grad seiner Verbindlichkeit auszumessen.

Juristisch muß das Hauptaugenmerk darauf gerichtet sein, ob dem Sozialstaatsprinzip Normqualität und Justiziabilität beizumessen sind: die formallogische Struktur und der materiellrechtliche Gehalt zusammen geben, wie bei jeder anderen Verfassungsaussage auch, darüber Auskunft, ob dem Sozialstaatssatz eine Verbindlichkeit zu entnehmen ist. Denn eine Bestimmung der Verfassung ist nur dann aktuell bindend, wenn sie derart bestimmt ist, daß eine andere Norm an ihr gemessen werden kann, wenn sie insofern also justiziabel ist.[11] Bei der sozialstaatlichen Interpretation der Grundrechte kommt es auf diesen Charakter ebenfalls an.

---

10 Eine sehr umfangreiche Darstellung des bisherigen Meinungsstandes über den Sozialstaatsgrundsatz enthält die Diss. von Siecken (1974).

11 Vgl. z.B. BVerfG E 6, 55 (76), das Normqualität und Justiziabilität einer Verfassungsbestimmung ins Verhältnis zu einer Norm "niederen Ranges" setzt. Das Gericht ging von dem Grundrecht nach Art. 6 GG aus und prüfte dessen Verbindlichkeit gegenüber einem einfachen Gesetz. Das Sozialstaatsprinzip ist zwar kein Grundrecht. Die Frage der Verbindlichkeit stellt sich jedoch auch hier. Vgl. auch Badura, Der Staat 1975, 17 ff. (24 f.): Eigenschaft eines Grundrechts bedeutet strenggenommen, daß es sich um eine Norm des Verfassungsrechts handeln müsse, durch die dem einzelnen ein gerichtlich verfolgbarer Anspruch erwachse.

II Formallogische Struktur des Sozialstaatsprinzips

Die Normqualität des Sozialstaatssatzes wird in Literatur und Rechtsprechung längst nicht derart eingehend und tiefschürfend diskutiert, wie die im nächsten Abschnitt aufzugreifende Frage nach dessen materiell-rechtlichem Gehalt.

1. Meinungen, die die Normqualität des Sozialstaatsprinzips ablehnen

Die anfängliche Interpretation des GG definierte dessen gesellschaftspolitische Ordnungsziele einseitig im liberalstaatlichen Sinne, sah in der Sozialstaatsklausel einen "substanzlosen Blankettbegriff" und "ohne bedeutsame praktische Rechtswirkungen".[12]

Dieser Ansicht hat sich niemand angeschlossen. Sie bildet zusammen mit dem Urteil einer allgemeinen, inhaltsleeren Deklamation den Ausgangspunkt eines Meinungsspektrums, das schließlich bis zu der Auffassung reicht, beim Sozialstaatsprinzip handele es sich um eine unmittelbar geltende anspruchsbegründende Rechtsnorm mit erhöhter Bestandssicherung gegen verfassungsändernde parlamentarische Mehrheiten.[13]

Allerdings scheinen sich W o l f / v a n G e l d e r [14] dem zuerst genannten Ausgangspunkt annähern zu wollen: Sie stellen sich auf den Standpunkt, das Sozialstaatsprinzip sei eine "Leerformel". Wenn in Art. 20 I GG von einem demokratischen und sozialen Bundesstaat (Rechtsstaat) und in Art. 28 I GG von einem republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaat im Sinne des GG die Rede sei, so müsse man den sozialen Rechtsstaat vom Sozialstaat unterscheiden. Dem Inhalt dieser Regelungen entspreche es daher nicht, daraus ein Sozialstaatsprinzip herzuleiten. Das "sog. Sozialstaatsprinzip" habe keinen begrifflichen Inhalt, sondern sei eine Leerformel, aus der methodisch unzulässig abgeleitet werde, was vorher in sie hineingelegt worden sei.[15]

---

12 Grewe, DRiZ 1949, 349 ff. (351).

13 Vgl. Darstellung bei v. Mangoldt/Klein GG Art. 20 Anm. VII 2 vor a, S. 605; Fechner, RdA 1955, 161 ff. (161).

14 SAE 1970, 122 ff. (122).

15 Wolf/van Gelder leugnen die verfassungsmäßige Existenz des "Sozialen" offenbar nicht, sagen aber nicht, was denn ein s o z i a l e r Rechtsstaat ist.

Diese Argumentation ist nur scheinbar logisch. Sie baut auf einem Obersatz auf, dessen Inhalt Wolf/van Gelder als bewiesen voraussetzen, obwohl sie doch diesen Beweis schuldig sind: daß man aus der Formulierung "sozialer Rechtsstaat" den Begriff "Sozialstaat"[16] bzw. "Sozialstaatsprinzip" nicht ableiten darf.
Neben diesem Fehler in der Ableitung kommt jedoch folgendes gegen Wolf/van Gelder hinzu: Art. 20 I, 28 I GG verankern nicht nur den sozialen Bundesstaat bzw. Rechtsstaat, sondern auch den demokratischen Rechtsstaat. Man könnte nun, wie es Wolf/van Gelder mit dem Wort "sozialer" (Bundesstaat bzw. Rechtsstaat) taten, auf Grund der letztgenannten Wortkombination auch die verfassungsrechtlich verbindliche Eigenständigkeit des Adjektivs "demokratischer" verneinen.
Dies hieße, das Demokratieprinzip des GG verneinen - eine Absicht, die man Wolf/van Gelder schwerlich wird unterstellen können. Es ist dann jedoch nicht einzusehen, weswegen des Sozialstaatsprinzip - jedenfalls auf dem Wege einer begrifflichen Ableitung - mit der Eigenschaft einer Leerformel belegt werden soll.

F o r s t h o f f als Hauptvertreter derjenigen Meinung, die den Normcharakter des Sozialstaatsprinzips ablehnt, sah in der Formel "sozialer Rechtsstaat" keinen "Rechtsbegriff in dem Sinne, daß sie einen besonderen Rechtsstaatsbegriff von eigener, institutioneller Prägung und spezifischem materiellen Gehalt bezeichnet. Allein aus dieser Formel lassen sich weder Rechte noch Pflichten begründen, noch Institutionen (wie das Mitbestimmungsrecht) ableiten".[17]
Er leitet dies daraus ab, daß das Adjektiv sozial für jede juristische Begriffsbildung unbrauchbar sei:[18] Wenn Art. 28 GG die Bundesrepublik als Rechtsstaat durch die Adjektiva republikanisch, demokratisch und sozial kennzeichne, so bereiteten

16 Enthielte das GG die Formulierung "sozialer und rechtlicher Staat" (Wolf/van Gelder könnten sich dann wohl nicht gegen "Sozialstaat" stellen), so klänge das in sprachlicher Hinsicht merkwürdig.

17 "Begriff", a.a.O. S. 188 f. und Leitsatz XV, S. 200; W. Weber, Der Staat 1965, 409 (431 f.), sieht diese Thesen in der Entwicklung bestätigt.

18 S.o. a.a.O., S. 188 in Fn. 29.

die beiden ersten der Auslegung keine besonderen Schwierigkeiten, weil sie staatsformbestimmend seien und im GG selbst hinreichend präzisiert werden würden. Das staatsinhaltsbestimmende Adjektiv sozial werde dagegen durch das GG, das fast keine sozialen Normierungen enthalte und der sozialen Aufgaben und Institutionen nur in Kompetenznormen gedenke, nicht konkretisiert. Das GG habe keinen spezifisch sozialen Gehalt.[19] Vielmehr weise "sozial" über das GG hinaus und könnte nur von außerverfassungsrechtlichen Bereichen aus einen spezifischen Gehalt gewinnen. Jedoch stelle sich einer solchen Sinngebung von außen her ein grundsätzliches Bedenken entgegen: Es sei keinesfalls gleichgültig, in welchem normativen und sachlichen Zusammenhang ein Rechtsbegriff auftrete. Im Rahmen des Sozialversicherungsrechts etwa werde man den für diesen Rechtsbereich gültigen Begriff des Sozialen aus dem positiven Recht und der Logik der Materie hinreichend zweifelsfrei ermitteln können. Das gleiche gelte für soziale Sicherheit oder soziale Hilfe. Auch die sozialen Elemente des Arbeitsrechts ließen sich aus den Gegebenheiten der Materie mit Evidenz entwickeln.

Aber keiner dieser Sinngehalte des Sozialen lasse sich ohne weiteres in eine Verfassung hineintragen.[20]
Forsthoff argumentierte damit aus der Schwierigkeit der mangelnden Bestimmbarkeit des Sozialen und damit aus dem Problemkreis "Justiziabilität" heraus gegen die Normqualität des Sozialstaatssatzes.
Trotz dieser angenommenen Definitionsschwierigkeit maß er dem Adjektiv sozial Funktionen bei: Jedenfalls verweise es auf den Vorgang des Teilens, Verteilens und Zuteilens und habe in der Bindung an das Gewähren einen anderen Grundbezug als der besonders mittels seiner klassischen Grundrechte gewährleistende, in relativ hohem Maße an den gesellschaftlichen status quo gebundene, im System der Strukturelemente verfassungsrechtlich

---

19 "Begriff", a.a.O. S. 184 f.; ders. "Problematik", a.a.O. S. 29, Anm. 4: Der zweimalige adjektivische Gebrauch könne schwerlich die Vermutung über die grundsätzliche Aussage der Grundhaltung des GG begründen; die Tatsache, daß "sozial" im unveränderlichen Teil des GG stehe, "sei wohl mehr oder weniger zufällig dort hineingeraten". Vgl. auch ders. in der Festschrift für Carl Schmidt, a.a.O. S. 49: "Adjektiv dubiosen Sinngehalts".

20 A.a.O. S. 185.

festgelegte Rechtsstaat.[21]
In dieser Funktion erkannte Forsthoff die Existenz des Sozialstaats an. Er sei aber seiner Intention nach vom Rechtsstaat durchaus verschieden, Rechtsstaat und Sozialstaat seien Gegensätze[22] und "auf der Verfassungsebene nicht verschmolzen. Erst in der Verbindung von Verfassung, Gesetzgebung und Verwaltung verbinden sich auch Rechtsstaat und Sozialstaat."[23]
Hier, also auf der Ebene unterhalb der Verfassung, hat der Begriff "sozialer Rechtsstaat" nach der Ansicht Forsthoffs als allgemeine, den Staatstypus bestimmende Bezeichnung seine volle Berechtigung.
Von seiner These des primär rechtsstaatlich strukturierten Grundgesetzes und der Antinomie von Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip[24] her gelangte Forsthoff dennoch - obwohl der Ansicht verhaftet, der Begriff des sozialen Rechtsstaats sei kein Rechtsbegriff - zu einer rechtlichen Bedeutung des Bekenntnisses zum sozialen Rechtsstaat: Im Anschluß an Ipsen[25] bezeichnete er das grundgesetzliche Bekenntnis zum Sozialstaatsprinzip als eine Staatszielbestimmung, die inhaltlich Art. 151 WRV[26] entspreche. Sie sei nicht nur für den Gesetzgeber verbindlich und damit programmatischer Natur, sondern sie binde auch die Gesetzesanwendung in Rechtsprechung und Verwaltung unmittelbar.[27] Die rechtliche Wirkung des Sozialstaatsbekenntnisses beschränkte Forsthoff daher nicht nur auf die Grundrechte. Als Beispiel[28] führte er die Fürsorgepflicht-Verordnung vom 14. 2. 1924 an und entwickelte einen rechtlich erheblichen Faktor des Sozialstaatsprinzips: Zwar werde man mit der Berufung auf Art. 20, 28 GG allein die Einklagbarkeit von Leistungen auf Grund dieser Verordnung nicht rechtfertigen

---

21 A.a.O. S. 176 f., 186.

22 A.a.O. S. 179.

23 A.a.O. S. 192.

24 Für eine Antinomie in begrenztem Umfange in dem Sinne, daß der Rechtsstaat als Staat materieller Gerechtigkeit auch ein Staat sozialer Gerechtigkeit sein müsse, tritt Bachof, a.a.O. S. 210 f. (vgl. auch S. 253 f., Leitsatz 6) ein.

25 A.a.O. S. 21. Forsthoff bezieht auf dessen Publikation von 1950.

26 Sicherung der wirtschaftlichen Freiheit des Einzelnen im Rahmen der Ordnung des Wirtschaftslebens.

27 A.a.O. S. 189.

28 A.a.O. S. 191.

können. Da aber Zweifel daran wachgerufen worden seien,[29] ob an der ursprünglichen Auslegung der Verordnung noch festgehalten werden könne, werde "man die sozialstaatliche Zielbestimmung des Grundgesetzes sehrwohl für die Bejahung eines einklagbaren Anspruchs auf Fürsorge heranziehen können."

Offensichtlich soll dieser Faktor darin bestehen, mit Hilfe des Sozialstaatsprinzips ein subjektiv-öffentliches Recht verfassungsrechtlich zu begründen.[30]

Nach dem Standpunkt Forsthoffs determiniert das sozialstaatliche Bekenntnis den Rechtsstaat damit "in gewisser Weise inhaltlich": Es bedeute nur die Bekräftigung einer Anforderung an staatliches Verhalten; sie stünde jedoch auch ohne diese Bekräftigung fest. Es berühre die strukturelle Verfassungsform der BRD nicht; diese sei nach wie vor mit dem Begriff "Rechtsstaat" erschöpfend bezeichnet.[31]

S c h n o r r geht von einem ontologisch-philosophischen Standpunkt aus, bezeichnet das Soziale als ein Phänomen des Seins - nicht des Sollens - und kommt ebenfalls zu dem Ergebnis, daß der Sozialstaatsgedanke kein Rechtsbegriff sei.[32] Schnorr trennt zwischen dem Seinsbereich des Sozialen und dem Sollensbereich des Normativen. Nach seiner Ansicht fehlt dem Sozialstaatsgedanken die Ausrichtung auf das Sollen, fehlt ihm daher "das logische Prius der Rechtsnorm".
Die Verwischung der beiden ontologischen Faktoren, die voreilige Zuerkennung von Rechtsnormqualität an den Sozialstaatsbegriff beschwört nach dieser Stellungnahme Gefahren von Mißdeutungen herauf, nämlich daß "auf Klarheit des Rechtsbegriffs überhaupt verzichtet und das Recht soziologisiert" und "dem Recht eine bestimmte ideologische Färbung aufgedrängt"[33] werde.

---

29 Wachgerufen durch "die Erweiterung des Grundrechtsschutzes und die allgemeine Tendenz nach Ausdehnung der einklagbaren Rechte im Zusammenhang mit der Verschärfung der individuellen Notlage" (Forsthoff, a.a.O. S. 191).

30 Das BVerwG E 1, 159 ff. erkannte den sozialstaatlichen Anspruch des einzelnen auf Fürsorgeunterstützung an.

31 A.a.O. S. 191 f.

32 A.a.O. S. 257 und Zusammenfassung Punkt 1, auf S. 268.

33 A.a.O. S. 257.

Der Soziologismus als empirische Methode erkenne durch das Medium des Sozialstaatsprinzips die reine Faktizität sozialer Gegebenheiten als Rechtsquelle an - mit der Folge des Verzichts auf Logik und Objektivität der Rechtsordnung zugunsten von Funktionen des Rechts, die ausschließlich nach ihrer sozialen Zweckmäßigkeit[+] werden würden. Soziologismus sei auch imstande, politische Terrorsysteme zu legitimieren, und zwar deswegen, weil er infolge der ihm immanenten Anerkennung der normativen Kraft des Faktischen jedes politische System für rechtsrelevant halte.[34]

Die andere Gefahr von Mißdeutungen - mit der soziologistischen Rechtsdeutung verwandt - bestehe in einer Ideologisierung des Rechts oder der Verrechtlichung bestimmter Ideologien,[35] nämlich darin, "daß das Recht die geistesgeschichtliche und gesellschaftspolitische Entwicklung hemmt oder ideologisch verhärtet".[36]

Dennoch faßt Schnorr das Soziale - auch in seiner Relation zum Sozialstaat - in seinem ursprünglichen Sinne auf: "als das 'Gesellschaftliche', das heißt die (ontologische) Struktur der Gesellschaft".[37] Daraus leitet er ab, daß der Sozialstaat ein geistesgeschichtliches Phänomen ist und daß er gesellschaftliche Spannungsverhältnisse in sich aufnimmt, um sie mit den Mitteln des Rechts auszugleichen: "Nicht der Sozialstaat selbst (sei) juridischer Deutung fähig, sondern nur der Einsatz der rechtlichen Mittel zu seiner Verwirklichung".[38] Der Sozialstaat selbst sei politische Zielsetzung und müsse von den Staatsorganen, Gesetzgeber, Richtern und Verwaltung, immer neu erlebt und durchdacht werden, um die ihm adäquaten rechtlichen Mittel zu finden. Das Sozialstaatsprinzip sei per se kein rechtlicher, insbesondere kein verfassungsrechtlicher Begriff, sondern ein politisches Postulat, das die sozio-politische Determiniertheit des Staates bewußt mache.[39]

Die richtige Frage könne nicht lauten, wie das Sozialstaatsprinzip auszulegen ist (es ist nach der Ansicht Schnorrs ja

---

34 A.a.O. S. 258.
35 A.a.O. S. 259.
36 A.a.O. S. 259 f.
37 A.a.O. S. 261.
38 A.a.O. S. 261 f.
39 A.a.O. S. 262.

[+] beurteilt

kein Rechtsbegriff), sondern sie habe dahin zu gehen, in welchem Maße die Rechtsordnung durch die Rezeption des Sozialen die staatlichen Gewalten ermächtige oder verpflichte, gesellschaftliche Gegebenheiten bei der Rechtsnormenschöpfung und/oder beim Normenvollzug zu berücksichtigen: Nicht das Sozialstaatsprinzip selbst werde ausgelegt, sondern die Rechtsordnung in bezug auf das Sozialstaatsprinzip.[40] Der rechtsnormativen Aussage, daß ein Staat ein sozialer sei, komme als solcher daher allenfalls funktionelle, nicht aber substantielle Bedeutung zu.[41]

Im Bereich der R e c h t s p r e c h u n g hat sich - soweit ersichtlich - das BSG früher gegen den Normcharakter des Sozialstaatsprinzips ausgesprochen[42] und in ihm lediglich einen Auslegungsgrundsatz gesehen, der in jedem Falle die Verwaltung bei ihrem Handeln binde.[43]

2. Meinungen, die die Normqualität des Sozialstaatsprinzips bejahen

Die den Rechtsquellencharakter des Sozialstaatsprinzips ablehnenden Ansichten haben sich nicht durchgesetzt.
Dennoch sollen einige Gegenstimmen kurz wiedergegeben werden, weil sie gleichzeitig ein bezeichnendes Bild von der eindeutig herrschenden Meinung zeichnen.
So kritisiert W e r t e n b r u c h [44] die Auffassung Grewes, die Sozialstaatsklausel sei ein substanzloser Blankettbegriff, damit, sie werde "dem aus Normzusammenhängen zu erschließenden Willen des Verfassungsgesetzgebers nicht gerecht, ganz abgesehen davon, daß es nicht angehen dürfte, ein an zentraler Stelle im GG stehendes Attribut .., lediglich als

---

40 A.a.O. S. 262 f.

41 A.a.O. S. 257 unter Hinweis auf Forsthoff (sozialer Rechtsstaat als staatstypusbestimmende Bezeichnung).

42 BSG E 1, 134 (144): aus ihm seien keine bestimmten Folgerungen ableitbar.

43 BSG E 9, 199 (205): der Senat ließ es ausdrücklich dahingestellt, ob im Sozialstaatsprinzip "geltendes Recht oder eine Staatszielbestimmung" zu sehen sei.

44 Die Arbeiterversorgung 1961, 33 ff. (33); gegen Grewe auch Klein in v. Mangoldt/Klein GG Art. 20 Anm. VII 3, S. 608.

schmückendes Beiwort" zu verstehen.[45] Wertenbruch meint weiter, jedes Wort habe Vorstellungs-Substanz; für ein Nichts lasse sich kein Begriff finden. Erst recht dürfe dem Verfassungsgesetzgeber nicht unterstellt werden, er habe sich bei dem Wort "sozial" nichts gedacht.[46]

E. R. H u b e r [47] wendet sich entschlossen dagegen, aus der Schwierigkeit der Begriffsbestimmung und Begriffsabgrenzung auf die fehlende Normqualität zu schließen (Forsthoff). Solche definitorische Schwierigkeit teile "sozial" mit zahlreichen anderen Rechtsbegriffen, vor allem mit vielen Grundbegriffen des Verfassungsrechts (Freiheit, Gleichheit, verfassungsmäßige Ordnung, Wesensgehalt, Würde des Menschen, "gegen sein Gewissen" in Art. 4 III GG, der Begriff des "Politischen" in Art. 21).[48]

Außerdem sei es ein Teilargument, von der Schwierigkeit der Abgrenzung auf das Nichtvorhandensein einer Grenze zu schließen, d.h. einem Begriff mit schwer bestimmbaren Grenzen die begriffliche Bestimmbarkeit und damit die Begrifflichkeit überhaupt abzusprechen. "Es wäre das Ende der Staatsrechtslehre als Wissenschaft, wenn sie in einem solchen Fall erklären wollte, nicht erst angesichts einer Lücke, sondern schon angesichts einer unbestimmten Formel im Verfassungstext höre das Staatsrecht auf".[49]

E. R. Huber verkennt in seiner Kritik die Gefahren der Verfassungsinterpretation nicht, welche zur Aushöhlung, Sinnentleerung und Auflösung von Verfassungs- und Rechtsbegriffen, auch mittels willkürlicher Sinngebung und uferloser Ausweitung ins Absolute und Totale führen können. Doch könne man

---

45 Diese Kritik führte auch Gerber, a.a.O. S. 375.

46 Gegen Grewe ausdrücklich auch Klein in v. Mangoldt/Klein GG Art. 20 Anm. VII 3, S. 608; E. R. Huber, DÖV 1956, 201; dem Sinn nach auch Gerber, a.a.O. S. 375 ("sozial" sei im verfassungsrechtlichen Verstande ernst zu nehmen).

47 DÖV 1956, 201.

48 Vgl. auch W. Bogs, ZSR 1964, 1 ff. (11); Benda, a.a.O. S. 64 f.; Lange, a.a.O. S. 151 f.; Müller, BABl. 1974, 257 ff. (260).

49 A.a.O. S. 201.

solchen Gefahren nicht mit der Methode der Nullifizierung, d.h. der Leugnung der Rechtssatzmäßigkeit und Rechtsbegrifflichkeit begegnen.[50]

N i p p e r d e y [51] hat auf den Widerspruch in der Argumentation Forsthoffs zur Normqualität des Sozialstaatssatzes hingewiesen: Wenn nach Forsthoff das Bekenntnis des GG zum Sozialstaatsprinzip keinen normativen Charakter habe, es jedoch für die Gesetzesauslegung verbindlich sein solle, dann sei es nicht einzusehen, worin hier der Unterschied zu einer Norm liegen solle. Zudem sei auch § 242 BGB für die Gesetzesauslegung verbindlich und daher auch eine Norm. Schließlich müsse die Ansicht Forsthoffs, die Sozialstaatsklausel sei zu unbestimmt, nicht prägnant, praktisch unbrauchbar, gegen seine eigene These sprechen, sie sei eine Auslegungsregel. Denn seine Bedenken bestünden auch gegen einen Auslegungsgrundsatz: wie sollte eine Sozialstaatsklausel mit jenen Mängeln auslegungstauglich sein?

Schließlich meint D e n n i n g e r [52], es spreche sicher keine Vermutung dafür, daß in der (feierlichen) Form des Verfassungsgesetzes etwas rechtlich völlig Unverbindliches habe verlautbart werden sollen.

Das Sozialstaatsprinzip wird denn auch durchweg einhellig als rechtsverbindlich angesehen, werden ihm Normqualität und ein hoher verfassungsrechtlicher Rang eingeräumt,[53] wie z.B. den "Rang eines überpositiven vorstaatlichen Rechts, eines der entscheidendsten Sätze des Verfassungsrechts überhaupt".[54]

Demnach dreht es sich beim Begriff des Sozialstaats nicht nur um eine reale Gegebenheit (die Bundesrepublik Deutschland

---

50 Vgl. in diesem Sinne u.a. W. Bogs, "Verhandlungen", S. G 11 (Unbestimmtheit eines vom Verfassungsgesetzgeber gebrauchten Begriffs berechtige nicht dazu, die Sozialstaatsklausel als unverbindlich anzusehen; auch andere wichtige Bestimmungen des GG seien ähnlich unbestimmt, aber zu den verbindlichen Rechtsbegriffen zu rechnen); ders. "Freiheit", a.a.O. S. 515 f.; Lange, a.a.O. S. 151.

51 "Aussprache", a.a.O. S. 93.

52 JZ 1966, 767 ff. (768).

53 Benda, a.a.O. S. 53 f.; Bull, a.a.O. S. 164; Gerber, a.a.O. S. 341; Huber, DÖV 1956, 200; Schreiber, a.a.O. S. 25 ff.; Wannagat, Lb. S. 171.

54 Hamann bei Hamann/Lenz GG Art. 20, A 3 a, S. 340; Einf. A 1, S. 64.

i s t ein sozialer Bundesstaat, Rechtsstaat), sondern um einen Rechtsbegriff.[55]

Welche "Schlagkraft" dieser besitzt, hängt von unterschiedlichen Ansichten ab. Es sind verschiedene Stufen erkennbar, wobei sich die unterschiedlichen Standpunkte meistens nicht ausschließlich der einen oder anderen Stufe zuordnen lassen. Dem Sozialstaatsprinzip wird der Rang einer "verfassungsrechtlichen Generalklausel" mit wichtiger Legitimationsfunktion für die Gesetzgebung[56] beigemessen bzw. in ihr ein "normatives Bekenntnis zum Sozialstaat"[57], eine "wertentscheidende Grundsatznorm"[58] oder ein "Staatsleitbild"[59], ein "verfassungsrechtlicher Leitgrundsatz"[60] gesehen. E. R. H u b e r leitet den Charakter des Sozialstaatssatzes als einer "Fundamentalnorm"[61] auch aus Art. 79 III GG (Unverbrüchlichkeitsgarantie) ab,[62] und ganz verbreitet ist die Ansicht, es handele sich dabei um eine "Staatszielbestimmung",[63] die sich in erster Linie an den Gesetzgeber[64] richte, daneben aber von Exekutive und Judikative bei der Interpretation zu berücksichtigen sei. Dahinter

---

55 Vgl. E. R. Huber, DÖV 1956, 200 f.; Nipperdey "Aussprache", a.a.O. S. 98; Reuß, a.a.O. S. 7; Stern, a.a.O. Spalte 2093.

56 Fechner, RdA 1955, 161 (168); Hamann bei Hamann/Lenz GG, Einf. A 3, S. 65.

57 BAG E 1, 51 (56); 1,185 (193); 4, 274 (276); Wannagat in der Festschrift für Werner Weber, a.a.O. S. 819.

58 Abendroth, "Begriff", a.a.O. S. 117; W. Bogs, "Verhandlungen", a.a.O. S. G 11 f.; Huber, "Wirtschaftsverwaltungsrecht' S. 36 f.; Stern, a.a.O. Spalte 2096.

59 BVerwG E 17, 306 (309).

60 Gerber, a.a.O. S. 378; Klein in v.Mangoldt/Klein GG Art. 20, Anm. VII 2 b, 606; Wertenbruch "Sozialverwaltungsrecht", S. 320.

61 DÖV 1956, 200 f.; vgl. auch Schreiber, a.a.O. S. 179; Reuß, a.a.O. S. 7; Wertenbruch, Die Arbeiterversorgung 1961, 33 ff. (40 f.).

62 Vgl. auch W. Bogs, Verhandlungen, a.a.O. S. G 11.

63 Bachof, "Sozialer Rechtsstaat", a.a.O. S. 203; Badura, Der Staat 1975, 17 ff. (29); Ballerstedt, a.a.O. S. 51; Benda, a.a.O. S. 63; H. Bogs, "Sozialversicherung", a.a.O. S. 585; Bull, a.a.O. S. 164; Forsthoff, "Begriff", a.a.O. S. 189 (vgl. hierzu oben S. 85 dieser Arbeit); Herzog, "Sozialstaatsprinzip", a.a.O. S. 32; Ipsen, a.a.O. S. 21, der aber gleichzeitig von einem "programmierten Verfassungsgrundsatz ohne Aktualität" ausgeht; Isensee, a.a.O. S. 192; Klein in v.Mangoldt/Klein GG Art. 20, Anm. VII 2 b, S. 605; Merten, VSSR 1973, 66 ff. (68); Scheuner, DÖV 1971, 505 ff. (512); Wertenbruch, "Sozialverwaltungsrecht", a.a.O. S. 320.

64 Das entspricht der einhelligen Meinung

stehe "unmittelbar geltendes Verfassungsrecht",[65] ein "Rechtssatz",[66] der Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung unmittelbar binde. Gerade dies wird betont, daß nämlich die Rechtsnorm u n m i t t e l b a r verbindlich und nicht etwa nur ein Programm oder eine bloße Auslegungsregel ist.[67] Hieran hält auch das BSG fest, obwohl es das Sozialstaatsprinzip verschiedentlich als "schwer faßbar"[68] qualifiziert. Dies schließt es nicht aus, den Sozialstaatsbegriff in der praktischen Rechtsanwendung als "Argumentationshilfe"[69] zu benutzen, und vor allem hier wird sein Charakter als "Auslegungs- und Ermessensrichtlinie für Gerichte und Verwaltung"[70] praktisch bedeutsam, auch auf die Konkretisierung der Grundrechte bezogen.

Auf der nächsten Stufe zur praktischen Relevanz der Sozialstaatsklausel wird aus ihr verbreitet keine unmittelbare anspruchsbegründende Wirkung abgeleitet,[71] in ihr lediglich ein Verfassungsauftrag ohne individuelle Ansprüche[72] gesehen. So

---

65 BVerfG E 1, 97 (105); 6, 55; 8, 274 (329); 14, 263 (275); BVerwG E 18, 352 ff.; 27, 58 ff.; 27, 360 ff. (Subventionsanspruch des Trägers einer genehmigten privaten Ersatzschule); s. weitere Hinweise bei Schreiber, a.a.O. S. 26 ff.

66 Benda, a.a.O. S. 64; E. R. Huber, DÖV 1956, 200 f.; Menger, a.a.O. S. 43; Peters, Staatslexikon, Spalte 394; Reuß, a.a.O. S. 19; Wertenbruch, Die Arbeiterversorgung 1961, 33 (36).

67 Auerbach, "Sozialer Rechtsstaat", S. 272; W. Bogs, ZSR 1964, 1 ff. (9); ders. "Verhandlungen", a.a.O. S. G 11; Hamann bei Hamann/Lenz, GG Art. 20, Anm. A 3 a, S. 340, und Einf. A 1, S. 64; Nipperdey, "Persönlichkeit", a.a.O. S. 806; ders. in Enneccerus/Nipperdey, Lb. AT Bd. 1, 1. Halbbd., § 15 II 2 a, S. 82.

68 BSG E 6, 213 (219); 15, 71 (76); 19, 88 (92); offen gelassen in E 9, 199 (205).

69 BVerwG E 23, 304 (306); 32, 312 ff.

70 Abendroth, "Begriff", a.a.O. S. 17; Bachof, "Sozialer Rechtsstaat", a.a.O. S. 209 f. und Leitsatz I 4 auf S. 253; Fechner, RdA 1955, 161 (166); Hamann bei Hamann/Lenz GG, Einf. B 1, S. 65; Nachweise auch bei D. Reuter, ZfA 1974, 235 ff. (326) und Wollny, AuR 1973, 33 ff. (39); ders. DVBl. 1972, 525 ff. (BVerwG); ders. JR 1973, 227 ff. (BGH); SozSich 1973, 135 ff. (BSG).

71 Badura, Der Staat 1975, 17 (34); Hamann bei Hamann/Lenz GG Art. 20, Anm. A 3 b, S. 341; K. Hesse, "Grundzüge", S. 86; Menger, a.a.O. S. 42 ff. (44); Peters, a.a.O. Spalte 395; Wannagat, BABl.1974, 259 ff.(262 f.); Wertenbruch, Die Arbeiterversorgung 1961, 33 ff. (40 f.); Wiegand, DVBl. 1974, 657 (663); vgl. Rechtsprechungsnachweise bei Schreiber, a.a.O. S. 148.

Fn. 72 s.S. 93

hält Werner W e b e r [73] zwar im Sozialstaatsprinzip einen Verfassungsauftrag zum Umweltschutz begründet. Es handele sich dabei aber nicht um ein Grundrecht auf Umwelt im klassischen Sinne, d.h. um eine auf Abwehr staatlicher Gewalt zielende, notfalls gerichtlich erzwingbare Rechtsposition. Vielmehr sei die Erfüllung des Verfassungsauftrags in die politische Verantwortung des Gesetzgebers, der Regierung und der Verwaltung gestellt; der Verfassungsauftrag selbst habe allerdings keine geringere Rangstelle, als wenn dahinter die Einklagbarkeit stünde.

Nach der Rechtsprechung kann die Sozialstaatsklausel bestenfalls im Zusammenhang mit anderen Rechtsvorschriften als Quelle subjektiver Rechte dienen,[74] wobei dort verschiedentlich der Standpunkt vertreten wird, die Sozialstaatsklausel sei insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge auch unmittelbare Anspruchsgrundlage.[75] F e c h n e r [76] und, ihm folgend, B e n d a [77] und R e u ß [78] meinen unter Hinweis auf das BVerfG[79], der Staatsbürger habe u.U. einen Anspruch auf Tätigwerden des Staates; denn das BVerfG schloß in jener Entscheidung einen solchen Anspruch bei willkürlichem, sachlich nicht begründetem Unterlassen des Gesetzgebers ausdrücklich nicht aus.

Noch weiter gehen jene Ansichten, die im Sozialstaatsprinzip bürgerlich-rechtliche Ansprüche unmittelbar begründet sehen: R e u ß [80] meint z.B., das faktische Arbeitsverhältnis schaffe

---

72 Badura, Der Staat 1975, 17 ff. (34); Böckenförde, NJW 1974, 1529 ff. (1536); Häberle, VVDStRL 30, 43 ff. (91 ff., 139, Leitsatz 41); vgl. Nachweise auch bei Wollny, AuR 1973, 33 ff (33).

73 DVBl. 1971, 806 ff. (806).

74 Z.B. BVerfG E 11, 50 (56); 27, 253 (283); BVerwG E 37, 31 (37 f.); 41, 115 (124 f.); BSG E 20, 41 (45) gegen BSG E 10, 97 (100).

75 Vgl. BVerwG E 1, 159 (167) - zur früheren Fürsorgepflicht - Verordnung (vgl. oben S. 85 f.); E 18, 253 (Anspruch auf Subventionen); vgl. weitere Nachweise bei Hamann/Lenz GG Art. 20, A 3 b, S. 341.

76 RdA 1955, 161 (166).

77 A.a.O. S. 68.

78 A.a.O. S. 30.

79 E 1, 97 ff. (105).

80 A.a.O. S. 29.

für die Dauer der Arbeitsleistung ein aus dem Sozialstaatsprinzip abzuleitendes - ex lege - Schuldverhältnis, das einem arbeitsvertraglichen inhaltsgleich sei; W. B o g s [81] folgert aus diesem Prinzip die Pflicht des Arbeitsgebers zur Wiedereinstellung von legal ausgesperrten Arbeitnehmern nach Kampfende, wobei er davon ausgeht, daß das Sozialstaatsprinzip als Rechtssatz auch für den Bürger verbindlich sei;[82] nach dem BAG[83] müsse derjenige, der im Geltungsbereich des BetrVG 1972 Sozialeinrichtungen oder einen Bestand an Werkmietwohnungen errichte oder weiter betreibe, in Anbetracht des Sozialstaatsgrundsatzes von vornherein mit einer sozialen Mitbestimmung rechnen und diese hinnehmen (zu § 87 I 9 BetrVG).

3. Ergebnis

a) Entgegen Neigungen, das Sozialstaatsprinzip normativ geringer einzuschätzen (z.B. Forsthoff), ist heute allgemein anerkannt, daß es ein Verfassungsprinzip aktueller normativer Aussage darstellt. Danach ist es nicht nur Auslegungsrichtlinie z.B. bei der Konkretisierung der Grundrechte, sondern kann sogar - nach vereinzelter Ansicht - soziale, individuelle Ansprüche begründen.[84]
Demnach ist es, in Anlehnung an die Formulierung in Art. 79 III GG ("... die in den Art. 1 und 20 niedergelegten Grundsätze ..." ein tragender Grundsatz der Verfassung.

b) In ihm eingeschlossen ist eine Staatszielbestimmung erkennbar. Sie ist ein Sozialgestaltungsauftrag, der sich an den Gesetzgeber richtet und der ferner Auslegungsregel für und Mittel zur Konkretisierung von Generalklauseln und zur Fortbildung des Rechts durch den Gesetzgeber ist.[85] In dieser normativen

---

81 ZSR 1964, 1 ff. (17).

82 Wie Fn. 81; vgl. auch Fechner, RdA 1955, 161 (166); Hamann bei Hamann/Lenz GG, Einf. B 1 c, S. 66.

83 SAE 1973, 229 ff. (231).

84 Vgl. auch Scheuner, DÖV 1971, 505 ff. (512); ders. AöR 95, 353 (360 f.).

85 Vgl. Nipperdey, "Persönlichkeit", a.a.O. S. 805, 807; Siecken, a.a.O. S. 71; Wannagat, Lb. S. 171; Herzog, "Sozialstaatsprinzip", a.a.O. S. 32; Abendroth, "Begriff", a.a.O. S. 117.

Qualifizierung ist das Sozialstaatsprinzip daher auch für die Interpretation des Art. 2 I GG (berufliche Rehabilitation) verbindlich.

c) Eine ontologisch-philosophische Betrachtungsweise der Normqualität des Sozialstaatsprinzips (Schnorr) erscheint demgegenüber als bedenklich. Es ist zwar richtig, in dem "Sozialen" auf dieser Diskussionsebene eine Seinsfunktion zu sehen. Fraglich ist aber, ob der Verfassungsgesetzgeber dem Verfassungsbegriff "Sozialstaatsprinzip" auch diese Funktion beigemessen hat.
Die kursorisch gekennzeichneten Meinungsgruppen gehen von einer solchen Willensrichtung oder zum Ausdruck kommenden Intention nicht aus. Eine eigene Entscheidung kann hier jedoch erst getroffen werden, nachdem Aufschluß darüber gewonnen wurde, ob dem Sozialstaatsprinzip auch Justiziabilität beizumessen ist.[86]

III Materiell-rechtlicher Gehalt des Sozialstaatsprinzips

Der Versuch einer inhaltlichen Umschreibung des im Sozialstaatsprinzip verfassungsrechtlich begründeten Sozialgestaltungsauftrags muß von den - wohl am häufigsten vertretenen - Interpretationen ausgehen, die im Schrifttum und in der Rechtsprechung vorgenommen werden. Bei einem kursorischen Überblick hierüber lassen sich wiederum einige "Blöcke" von Interpretationen unterscheiden, wobei Meinungsäußerungen die Grenzen dieser Bereiche verschiedentlich übersteigen.

1. Sozialstaat als Garant der sozialen Integration

E. R. H u b e r [87] versteht die Sozialstaatlichkeit als System von institutionellen und funktionellen Vorkehrungen, mit deren Hilfe die soziale Einung innerhalb des von sozialen Spannungen, Konflikten und Krisen gefährdeten Gemeinwesens immer wieder vollzogen werde. Dieser Prozeß der sozialen Integration sei nur mittels einer durch Vernunft und Gerechtig-

---

86 Vgl. oben S. 81.
87 DÖV 1956, 201.

keit bestimmten Sozialverfassung möglich, die auf die Befriedung der sozialen Konflikte, den Ausgleich der sich widerstreitenden sozialen Interessen, den Schutz und die Förderung der existentiell gefährdeten Schichten gerichtet sei.
Das Sozialstaatsprinzip stelle diese soziale Integration zugleich in die staatliche Mitverantwortung und Mitgestaltungsmacht. Im Sozialstaat sei der Staat der Garant der Sozialverfassung; er sei der neutrale Mittler und Schlichter in sozialen Konflikten. Seine Aufgabe sei die Abwehr sozialer Störungen, zugleich aber die Sicherung und Entfaltung des Gemeinwesens durch soziale Reform. Das Sozialstaatsprinzip begründe somit eine staatliche Sozialkompetenz, die der Gesetzgebung, der Verwaltung und den Gerichten als Recht eingeräumt wie als Pflicht auferlegt sei. Das Sozialstaatsprinzip sei nicht nur Auslegungsform, sondern zugleich Zuständigkeitsnorm. Es umfasse insbesondere die gesetzgeberische Vollmacht zur sozialen Intervention, die sowohl (negativ) auf Gefahrenabwehr wie (positiv) auf Sozialgestaltung gerichtet sein könne.[88]
Diese grundsätzliche Aufgabe des gesellschaftlichen Ausgleichs, die das Sozialstaatsprinzip stellt, unterstreicht auch M ü l l e r [89]. Er rückt von seiner früheren Ansicht[90] ab, der Sozialstaatsgedanke sei lediglich das rechtswirksame Postulat des rechtlichen Ausgleichs einer sozial schwachen Position in dem Sinne, daß die Menschenwürde und die freie Entfaltung der Persönlichkeit des sozial Schwachen gesichert werden sollen, daß der sozial Schwache rechtlich anzuheben und rechtlich zu sichern sei.
Vielmehr stellt er die verfassungsfeste Verankerung des Satzes von der Würde des Menschen und des Sozialstaatssatzes (Art. 79 III GG) in den Vordergrund. Infolgedessen sieht Müller die umfassende Bedeutung des Sozialstaatsgedankens darin, schlechthin einen rechtlichen und damit einen letztlich gesellschaftlichen Ausgleich zu schaffen: Die Sozialstaatsmaxime

---

88 Vgl. in diesem Sinne auch Fechner, RdA 1955, 161 ff. (166); Enneccerus/Nipperdey, Lb. AT Bd. 1, 1. Halbbd., § 15 II 2 a, S. 82.

89 RdA 1964, 121 ff. (127).

90 DB 1956, 524 ff. (526); vgl. auch BAG E 1, 51 (56 f.).

bringe Freiheit und Bindung in ein ausgeglichenes Wertverhältnis.[91]

Bezüglich dieser Funktion des Sozialstaatsprinzips besteht weitgehende Übereinstimmung darin, daß der Staat - wie es Fechner[92] formuliert - im Sinne ausgleichender sozialer Gerechtigkeit und im Hinblick auf die Sicherung eines menschenwürdigen Daseins verpflichtet ist, für jedermann das rechte Verhältnis zwischen den verschiedenen Bevölkerungsschichten herzustellen und im Rahmen dieser Aufgabe bestimmte Fürsorgepflichten zu erfüllen.[93] Dabei betont Benda,[94] der Staat sei verpflichtet, sich bei all seinen Maßnahmen vor allem derjenigen Bevölkerungsschichten anzunehmen, die relativ machtlos und daher besonders gefährdet seien.[95]

Das Moment der ausgleichenden sozialen Gerechtigkeit definiert Bachof[96] im Hinblick auf die Beseitigung natürlicher Unterlegenheit, also im Sinne einer Ausgleichsfunktion: Die soziale Gerechtigkeit sei die speziell dem Geschick der wirtschaftlich, gesundheitlich, kulturell und sonstwie Gefährdeten und Schwachen zugewandte Gerechtigkeit. Sie sei eine die abstrakte Gleichheit zugunsten der Schaffung konkreter Gleichheit durchbrechende Gerechtigkeit und erfordere die staatliche Intervention zur Beseitigung der natürlichen Unterlegenheit.[97]

Allgemein wird der Staat des GG insofern als planender, lenkender, leistender, verteilender, individuelles wie soziales Leben erst ermöglichender Staat beurteilt,[98] wobei z.B.

---

91 Ders. BABl. 1974, 257 (258); siehe auch Ballerstedt, a.a.O. S. 53 f.; Nipperdey, "Persönlichkeit", a.a.O. S. 807.

92 RdA 1955, 161 (162).

93 Vgl. Reuß, a.a.O. S. 16 f.; Scheuner, "Rechtsstaat", a.a.O. S. 506 f.; Wannagat, Lb., S. 223 f.

94 A.a.O. S. 75.

95 Vgl. auch Reuß, a.a.O. S. 31; Fechner, a.a.O. S. 162; BSG E 25, 170 (175); E 26, 255 (261): Sicherung einer menschenwürdigen Existenz für sozial schwache Personenkreise.

96 "Sozialer Rechtsstaat", a.a.O. S. 206.

97 Vgl. auch Klein in v. Mangoldt/Klein GG Art. 20, Anm. VII 3, S. 609.

98 Forsthoff, "Verfassungsprobleme", a.a.O. S. 149 (Staat der Daseinsvorsorge); K. Hesse, "Grundzüge", a.a.O. S. 86; ders. "Rechtsstaat", a.a.O. S. 566; Auerbach, "Sozialer Rechtsstaat", a.a.O. S. 277; Forsthoff, "Begriff", a.a.O. S. 186.

Böckenförde[99] besonders die "Notwendigkeit zur Schaffung der sozialen Voraussetzungen zur Verwirklichung der rechtsstaatlichen Freiheit für alle" herausstellt.
In diesem Zusammenhange ist in den "Materialien zum Bericht (der Bundesregierung) zur Lage der Nation 1974"[100] festgestellt, daß die Verpflichtung und Ermächtigung des Gesetzgebers zu sozialpolitischer Aktivität nicht ohne grundrechtlichen Bezug bleibe. Im Gegenteil, das Sozialstaatsprinzip werde im grundrechtlichen Bereich besonders wirksam. Es entfalte hier seine sozialpolitischen Energien und sichere die liberalen Freiheits- und Gleichheitsgarantien auch in sozialer Hinsicht. Der Sozialstaat sei zum Garanten nicht nur der rechtlichen, sondern auch der realen Freiheit geworden.[101] Er vermittele die soziale Grundrechtssicherung; er schütze die sozialen Grundrechtsvoraussetzungen und fordere deren Ausbau. Er habe den grundrechtlichen Freiheitsgewährleistungen aktiven Beistand zu leisten.
Damit ergeben sich allgemein Ermächtigung und Auftrag zur Gestaltung der Sozialordnung, gerichtet auf Herstellung und Wahrung sozialer Gerechtigkeit und auf Abhilfe sozialer Bedürftigkeit.[102]

---

99 "Rechtsstaatsprinzip", a.a.O. S. 69.

100 BT-Drucks. 7/2423, Tz. 282.

101 So auch BVerfG E 33, 303 (331); Friauf, DVBl. 1971, 674 (675 f.); Häberle, VVDStRL 30, 43 ff. (69 ff., 90 ff.); Martens, VVDStRL 30, 7 ff. (8 f.); Scheuner, DÖV 1971, 505 ff. (510 f.); Herzog, "Allgemeine Staatslehre", S.395.

102 Badura, Der Staat 1975, 17 ff. (32 f.); Bachof, "Sozialer Rechtsstaat", 205 f. und Leitsatz I 2 auf S. 253; Fechner, RdA 1955, 161 (166); Frey, AuR 1961, 368 (374); K. Hesse, "Grundzüge", S. 86; ders. "Rechtsstaat", S. 567 f.; Herzog, "Sozialstaatsprinzip", a.a.O. S. 35; Klein in v. Mangoldt/Klein GG Art. 20, Anm. VII 3, S. 608 f.; Lerche, a.a.O. S. 104; Müller, BABl. 1974, 257 (258); v. Münch, ZBR 1970, 371 (375); Werner Weber, Der Staat 1965, 409 ff. (430 f.); Wannagat, BABl. 1974, 259 ff. (262 f.); Zacher, AöR 93, 341 ff. (362 ff.); ders. in DÖV 1970, 3 ff. (3): Es sei Aufgabe des Sozialstaats, für ein menschenwürdiges Dasein aller zu sorgen und sich um Milderung und Abbau der Wohlstandsdifferenzen und ökonomisch bedingten Abhängigkeiten zu sorgen;
BVerfG E 5, 85 (198, KPD-Verbot); E 1, 97 (105); BSG E 1, 134 (144); 5, 40 (43); 6, 213 (219); 19, 88 (92).

Diese Meinungsgruppe läßt sich dadurch kennzeichnen, daß sie im Sozialstaatsprinzip die Pflicht des Staates zur Sicherung eines geordneten, möglichst konfliktarmen Zusammenlebens der Menschen[103] erblickt. F e c h n e r [104] stellt dazu weiter fest, daß "das richtige und notwendige Verhältnis der Glieder einer Gemeinschaft zum Ganzen", d.h. "die Verpflichtung des Einzelnen zur Teilnahme an der Gesamtaufgabe, an der Aufgabe der gemeinsamen Lebensbewältigung, auch wenn dabei der Einsatz von Zwang unvermeidlich werden sollte", hierin eingeschlossen sei.[105]

Zu dieser Meinungsgruppe gehört schließlich die Ansicht, der Sozialstaatsauftrag müsse ständig neu verwirklicht werden. Der Sozialstaat sei an den Bedürfnissen des einzelnen und der Gesellschaft orientiert. Er sei damit in seinen Funktionen nicht vorab definiert,[106] so daß die sozialstaatlichen Aufgaben offen seien, wie die Gesellschaft selbst in ihren Bedarfsbildungen offen sei. Die Funktionen des Sozialstaats seien insofern an der realen Entwicklung der Gesellschaft orientiert. Es gelte grundsätzlich die Freiheit der Bedürfnisentfaltung und Bedarfserwartung.[107]

Daher zeige sich der spezifische Charakter der Sozialstaatlichkeit an den Wandlungsmöglichkeiten der sozialstaatlichen Aufgaben (Beispiel: immer deutlicher werdende Forderungen nach Umweltschutz als einer sozialstaatlichen Aufgabe der Zukunft). Das Sozialstaatsprinzip sei also inhaltlich offen, es sei durch keinerlei feststehende Aufgabenkataloge eingeengt.

---

103 Vgl. Bulla, a.a.O. S. 169; Fechner, "Freiheit", a.a.O. S. 76 ("Herstellung erträglicher Lebensbedingungen").

104 "Freiheit", a.a.O. S. 78 und 84.

105 Vgl. auch Wertenbruch, Die Arbeiterversorgung 1961, 33, 36: Aufruf eines jeden einzelnen zur Teilnahme an der staatlichen Gesamtaufgabe.

106 Vgl. Werner Weber, Der Staat 1965, 409 ff. (415 f.); Materialien zum Bericht zur Lage der Nation 1974, Tz. 275.

107 Materialien zum Bericht zur Lage der Nation 1974, Tz. 275; s. auch Benda, a.a.O. S. 77: Art und Ausmaß des durch den Sozialstaatsgedanken Gebotenen können daher je nach den tatsächlichen Zielen und wirtschaftlichen Verhältnissen wechseln (vgl. dens. auf S. 82).

Als Gebot zur sozialen Gerechtigkeit und gerechten Sozialordnung im allgemeinen[108] fordere es ständig die neue Verwirklichung seiner selbst.[109] Es sei ein permanenter Auftrag, dessen inhaltliche Orientierung jedoch stets neuer Konkretisierung bedürfe,[110] und zwar besonders durch sozialgestaltende Gesetze, bei denen der Gesetzgeber ein breites gestalterisches Ermessen[111] zur Verfügung habe (permanenter Konkretisierungsauftrag für die sozial- und gesellschaftspolitische Ordnung).[112]

2. Sozialstaat als Beschützer der Personalität des einzelnen[113]

Eine zweite, der ersten allerdings nicht konträr gegenüberstehende Meinungsgruppe läßt sich einmal dadurch charakterisieren, daß sie dem Sozialstaatsprinzip die Aufgabe entnimmt, den einzelnen "vor den besonderen ökonomischen, sozialen, technischen Gefahren der abhängigen Arbeit in der modernen Industriegesellschaft"[114] zu schützen. So zeige das Arbeitsrecht, daß die eigentliche Sozialstaatlichkeit darin liege, daß der Staat den Weg frei mache zu einem selbstverantwortlichen und solidarischen Miteinander der Staatsbürger.[115]
Der insofern im Sozialstaatsbegriff mit angelegte "Schutz der Personalität"[116] des einzelnen im Rahmen der industriellen Gesellschaft und unter den besonderen Bedrohungen des industriellen Zeitalters[117] umfaßt in einer allgemeinen Umschreibung durch das BSG[118] den Schutz aller Staatsbürger gegen die

---

108 Badura, DÖV 1968, 446 ff. (449).

109 Materialien (wie Fn. 107), Tz. 276; vgl. auch Fechner, RdA 1955, 161 (166); Wertenbruch, "Sozialverwaltungsrecht", S. 320.

110 Vgl. BVerfG E 5, 85 (198): Das Sozialstaatsprinzip sei ein der konkreten Ausgestaltung in hohem Maße fähiges und bedürftiges Prinzip; E. Hesse, a.a.O. S. 92; Lange, a.a.O. S. 151, 153; Siecken, a.a.O. S. 70 m.w.N.

111 Vgl. auch Materialien (wie Fn. 107), Tz. 278 m.w.N.

112 Badura, DÖV 1968, 446 ff. (449), s. auch Nachweise in Fn.110

113 Diesen Ausdruck benutzte z.B. E. R. Huber, "Rechtsstaat und Sozialstaat", S. 617.

114 Z.B. Fechner, RdA 1955, 161 (162).

115 Z.B. Fechner, RdA 1955, 161 (163).

116 Vgl. z.B. BVerwG E 23, 149 (153); 27, 58 (63); W. Bogs, "Freiheit", a.a.O. S. 517; E. R. Huber, "Rechtsstaat und Sozialstaat", a.a.O. S. 617.

117 So E. R. Huber, a.a.O. S. 617.

118 BSG E 27, 197 (199).

Wechselfälle des Lebens, der dem Staat zur unmittelbaren Aufgabe gemacht worden sei.

Dazu meint W. B o g s ,[119] das Wesentliche der sozialstaatlichen Aktivität liege darin, daß sie auf Beseitigung von Not und Benachteiligung - gleich welcher Bevölkerungsschichten - gerichtet sei, und H e r z o g [120] stellt neben dem Auftrag des Staates zur Durchsetzung größerer sozialer Gerechtigkeit den Auftrag zur Förderung des allgemeinen Wohlstands (Daseins-, Wachstums- und Fortschrittsvorsorge) besonders heraus. B e r n h a r d t [121] gelangt bei seinen Überlegungen zur thematischen Verbindung der Stellung von Behinderten und dem Verfassungsrecht zu einer Zweidimensionalität des Sozialstaats: Ihm obliege der Auftrag, den sozialen Status benachteiligter Gruppen zu fördern und sich dabei um die Hebung des allgemeinen Lebensstandards zu bemühen. Ferner sei den einzelnen vom Schicksal benachteiligten Menschen der Schutz zu gewähren, deren sie zur Erhaltung und, wenn möglich, zur Wiederherstellung ihrer geistigen und physischen Gesundheit bedürfen.[122]

Diese zweite Position, die dem Sozialstaatsprinzip - neben Schutz vor Bedrohungen des industriellen Zeitalters - in diesem "Meinungsblock" eingeräumt wird, kann man, insofern H e r z o g [123] folgend, allgemein als "Hilfe aus entwicklungsbedingten Engpässen" kennzeichnen. Herzog bezog sich auf eine Entscheidung des BSG.[124] Das Gericht vertrat die Auffassung, daß z.B. das LAG, KGefEntschG u.a. einen staatlichen Ausgleich für Schicksalsschläge gäben und gerade dadurch dem Wandel des Rechtsgefühls Rechnung trügen, dem auch die Art. 20 und 28 GG[125] Ausdruck verliehen.[126]

---

119 ZSR 1964, 1 (5); ders. "Freiheit", a.a.O. S. 516 f.

120 "Allgemeine Staatslehre", a.a.O. S. 144.

121 NDV 1967, 290 ff.(291).

122 Vgl. auch die Ansichten von Benda und Bachof, oben S. 97 mit den Nachw. in den Fn. 95 und 97.

123 "Sozialstaatsprinzip", a.a.O. S. 36.

124 BSG E 20, 41 ff.

125 Man wird mit Herzog ("Sozialstaatsprinzip", a.a.O. S. 36) annehmen dürfen: in der Sozialstaatsklausel.

126 Vgl. auch BSG E 20, 41 (45); BVerfG E 27, 253 (283).

H e r z o g [127] meint, daß dieser Deutung des Sozialstaatsprinzips offenbar die Vorstellung zugrunde liege, daß es als Reaktion auf die gewaltigen Krisen und Kriege des 20. Jahrhunderts verstanden werden müsse und den Staat dazu aufrufe, "die nicht weniger gewaltigen Wunden aus solchen Krisen durch eine groß angelegte Sozialpolitik zu heilen". Herzog[128] verbindet mit dieser Vorstellung eine Entwicklungslinie, die er insbesondere den Entscheidungen des BVerwG zur Verbesserung der Bildungschancen[129] entnimmt und die er nicht an jene Wirtschaftskrisen und Weltkriege angebunden sieht. Vielmehr hätten viele solcher Fragen ihren Anlaß in "entwicklungsbedingten Engpässen", die sich aus dem Übergang von der kleinbürgerlich agrarischen Gesellschaft des frühen 19. Jahrhunderts in die hochindustrialisierten Massengesellschaften des ausgehenden 20. Jahrhunderts mit allen ihren positiven und negativen Folgen ergäben.
Daher versteht Herzog im Sozialstaatsprinzip den "Aufruf zur Bewältigung und zum Ausgleich entwicklungsbedingter Schicksalsschläge",[130] so daß die Entwicklungslinie[131] den Gedanken der aktiven Sozialgestaltung über die Vorstellung von einer sozialen Gerechtigkeit als dem Ziel des Sozialstaats offenbar in Richtung auf eine soziale Chancengleichheit fortentwickle.[132]
Einem bisher verschiedentlich angeklungenen präventiven Element des Sozialstaatsprinzips wird bei diesen Überlegungen zweifellos die gleiche Rangstelle eingeräumt werden müssen, wie jenen "Sozialreparaturen". B a d u r a [133] schreibt zu diesem Komplex, die verfassungsrechtliche Fundierung des Systems der sozialen Sicherheit im Sozialstaatssatz beschränke

---

127 A.a.O. S. 36. 128 A.a.O. S. 36 f.

129 BVerwG E 18, 352 (355); 27, 58 (63); 27, 360 (363).

130 A.a.O. S. 36.

131 Das BVerwG hatte zur Verbesserung der Bildungschancen das Sozialstaatsprinzip herangezogen (z.B. in E 27, 360 ff., Privatschulzuschüsse).

132 A.a.O. S. 37; im gleichen Sinne auch Stern, a.a.O. Spalte 2096.

133 Der Staat 1975, 17 ff. (41); vgl. auch E. R. Huber, "Rechtsstaat und Sozialstaat", a.a.O. S. 600.

sich nicht auf die staatliche Vorsorge für den notwendigen Lebensbedarf bei Hilfsbedürftigkeit. Vielmehr ziele die sozialstaatliche Direktive für eine weit zu fassende Sozialpolitik auch auf vorbeugende Verhinderung des Entstehens sozialer Bedürftigkeit ab.

3. Wege der Sozialgestaltung

Möglicherweise wird unter den denkbaren Formen der Sozialgestaltung die ökonomische Hilfe die Hauptbedeutung haben. Z.B. meint Z a c h e r ,[134] daß das Ökonomische als das zentrale Medium des "Sozialen" angesehen werde, was keiner Rechtfertigung bedürfe. Es liegt jedoch auf der Hand, daß viele Aufgaben insbesondere aus dem Bereich der sozialen Integrationsfunktion des Sozialstaatsprinzips mit solchen Mitteln nicht, jedenfalls nicht in erster Linie, bewerkstelligt werden könnten.
So fragt Zacher in einem Rechtsprechungsbericht[135] nach den direktiven Antrieben sozialer Interventionen des Staates, die von der Verfassung ausgehen. Dabei hebt er die Notwendigkeit nicht-ökonomischer Hilfen hervor: soziale Hilfe sei nicht immer schlicht vermögenswerte Leistung, so wie soziale Bedürftigkeit und Schwäche nicht immer als ökonomische Insuffiziens bezifferbar seien. Er erinnert an soziale Friktionen und Distanzen, die ökonomischen Strukturen letztlich fremd gegenüberstünden: an jene Außenseiter der Gesellschaft, denen weder mit Freiheit noch mit Geld, sondern nur mit Achtung, Prestige zu helfen sei.[136]
Zacher führt als Beispiel das Problem der Behinderten an, das verfassungsrechtlich noch kaum gesehen werde:[137] Hier helfe der Staat, indem er medizinische und auch schulische Hilfen stelle. Er helfe vielleicht auch, indem er den Einkommensabstand zum "Normalen" zu mildern versuche. Aber das alles kompensiere - solange die medizinischen Hilfen die Behinderung

---

134 AöR 93, 341 ff. (342).
135 AöR 93, 341 ff.
136 A.a.O. S. 342 f.
137 A.a.O. S. 343 mit Fn. 9.

nicht beseitigen könnten - nicht den ungeheuren Aufwand an Energie, die ein Behinderter einsetzen müsse, um überhaupt existieren zu können; um das Leid zu ertragen und zu überwinden; um mit der Zurückhaltung oder Ablehnung der Gesellschaft fertig zu werden, deren Selbsterhaltungstrieb sie aus mannigfachen Gründen gegen das Kranke, Anomale, Leistungsschwache, Hilflose einnehme.
Diesem Gedankengang entspricht die inhaltliche Definition des Sozialstaatsprinzips, die Zacher auch schon früher vertrat[138] und auch jetzt hierauf bezieht:[139] Der Sozialstaat stehe den gesellschaftlichen, insbesondere den für die persönliche Bedürfnisbefriedigung wesentlichen ökonomischen Verhältnissen kritisch und verantwortlich gegenüber. Er suche sie zu korrigieren durch: Ausgleich und Verhinderung unangemessener Wohlstandsdifferenzen; Abbau oder Milderung damit zusammenhängender Abhängigkeitsverhältnisse; Sicherung einer gerechten Teilhabe aller an den Gütern der Gemeinschaft und eines menschenwürdigen Daseins für alle und somit im besonderen für die schwächeren Schichten.
Anzumerken ist, daß die Rangstelle im Recht der beruflichen Rehabilitation gesetzlich entschieden ist: § 7 RehaAnglG hat Maßnahmen zur Rehabilitation gegenüber Renten wegen Minderung der Erwerbsfähigkeit oder wegen Erwerbsunfähigkeit für vorrangig erklärt.[140]

4. Zusammenfassung

a) Unter dem Vorbehalt, daß eine erschöpfende Inhaltsbezeichnung des Sozialstaatsprinzips nicht möglich ist, lassen sich die folgenden Hauptkriterien zusammenfassen:
Aufgabe des Staates kraft der unaufhebbaren Sozialstaatsklausel im GG ist es, für einen gesellschaftlichen Ausgleich zu sorgen (Prinzip der sozialen Integration). Dabei folgt aus dem Sozialstaatsprinzip die Notwendigkeit, die liberalen Gleichheits-

138 "Freiheit", a.a.O. S. 120 f.

139 AöR 93, 341 ff. (362), Fn. 65.

140 Es sei denn, der Erfolg solcher Maßnahmen ist insbesondere wegen der Art und der Schwere der Behinderung nicht zu erwarten.

und Freiheitsgarantien auch in sozialer Hinsicht zu verwirklichen (z.B. Garant des Staates nicht nur der gesetzlichen, sondern auch der realen Freiheit; Pflicht des Staates zum Schutz und Ausbau der sozialen Grundrechtsvoraussetzungen).

Im individuellen Bereich des einzelnen obliegt dem Sozialstaat der Schutz der Personalität der einzelnen besonders vor den vielfältigen Gefahren der abhängigen Arbeit in der modernen Industriegesellschaft. Darin eingeschlossen ist die sozialstaatliche Aktivität zur Beseitigung entwicklungsbedingter Engpässe, zur Wohlstandsförderung und zur Verhinderung des Entstehens sozialer Bedürftigkeit.

b) Kern aller sozialstaatlichen Postulate ist damit die gleichmäßige Förderung der Individualinteressen der Menschen und der Ausgleich zugunsten der schwächeren Glieder der Gesellschaft.[141] Sozialstaatlichkeit bezeichnet damit den Inbegriff aller Pflichten des Staates, im s o z i a l e n Bereich die Achtung der Würde des Menschen zu verwirklichen[142] und das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit durch Garantie der Freiheit und Gleichheit zu sichern.

c) Bei der Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips durch Sozialgestaltung insbesondere von Gesetzgebung und Verwaltung wird auf ökonomische und nicht-ökonomische Hilfen gleichen Wert gelegt werden müssen. Im Einzelfall kann es erforderlich werden, den letzteren den Vorrang einzuräumen; u.U. des Einzelfalles muß ein anderer Weg der Sozialgestaltung vielleicht sogar ausscheiden.

d) Die Sozialgestaltung mittels nicht-ökonomischer Hilfen hat damit eine wichtige Funktion. Bleibt man bei dem Problem der beruflichen Rehabilitation, so kommt es für medizinisch rehabilitierte und noch behinderte Stellenbewerber entscheidend

---

141 Vgl. auch Herzog, "Allgemeine Staatslehre", S. 394; Isensee, a.a.O. S. 192 f.

142 Vgl. z.B. Hamann bei Hamann/Lenz GG, Einf. A 2, S. 65.

auf die Wiedereingliederung in das Berufsleben an. Der Staat kann diese Aufgabe offensichtlich jedoch nicht absolut erfüllen. Unternehmer/Arbeitgeber als Inhaber der sachlichen Produktionsmittel und über Arbeitsplätze Verfügungsberechtigte haben bei diesem Prozeß eine entscheidende Funktion inne: berufliche Rehabilitation ist ohne (zivilrechtlichen) Vertragsabschluß nicht denkbar.
Inwieweit diese Funktion rechtlich erfaßbar ist, ist hier nicht abschließend zu klären. Ihre Existenz zeigt auf, daß der Sozialgestaltungsaufgabe des Staates auf Grund des Sozialstaatsprinzips eine "natürliche" Grenze gezogen ist.

e) Das Sozialstaatsprinzip enthält damit keine konkreten Tatbestandsmerkmale.
Dem entspricht es, daß die positivrechtliche Anwendung des Sozialstaatsprinzips im Grunde die krasse Ausnahme ist. Die Umschreibungen stellen allgemeine Maßstäbe für die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates des GG zur aktiven Sozialgestaltung dar. Für eine Anwendung des Sozialstaatsprinzips, auch bei der Auslegung bzw. Konkretisierung von Grundrechten (z.B. Art. 2 I GG), kommt es auf den besonderen Einzelfall an.
Da das Sozialstaatsprinzip "ein der konkreten Ausgestaltung in hohem Maße fähiges und bedürftiges Prinzip"[143] ist, muß sich seine Ausgestaltung als Voraussetzung für die Auslegung von Grundrechten bzw. für die Einwirkung auf das materielle (einfache) Recht nach anerkannten juristischen Methoden richten.

---

143 BVerfG E 5, 85 (198).

2. Kapitel Auslegung des Sozialstaatsprinzips als ein der konkreten Ausgestaltung in hohem Maße fähiges und bedürftiges Prinzip im Hinblick auf die berufliche Rehabilitation

I Der Gesetzgeber als der in erster Linie in Betracht kommende Normadressat der Sozialgestaltungspflicht

Der Versuch einer Konkretisierung der bisher gewonnenen allgemeinen Maßstäbe für die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates des GG zur aktiven Sozialgestaltung und damit der Versuch einer konkreten Ausgestaltung des Sozialstaatsprinzips im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Position der medizinisch Rehabilitierten und der Behinderten steht im engen thematischen Zusammenhang mit dem Normadressaten der Sozialgestaltungspflicht.

Das BVerfG hat des öfteren[144] judiziert, daß "nur der Gesetzgeber" das wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaats tun könne, und dies in eigenverantwortlicher, nicht vorgeformter Entscheidung[145] an Hand eines weiten Ermessenspielraums.

Zwar wird man S c h r e i b e r [146] zustimmen müssen, daß aus der so hervorgehobenen Gestaltungsfunktion der Legislative nicht der Schluß gezogen werden kann, Exekutive und Judikative hätten demnach eine graduell zweitrangige Rolle bei der Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips. In einem demokratischen Staat kann über die divergierenden Wertauffassungen von dem, was "sozial" sein soll, aber nur das Parlament entscheiden.[147] Denn am ehesten wird der Gesetzgeber den wesentlichen Teil der sozialstaatlichen Dynamik auffangen und entscheiden können, welchen der widerstreitenden sozialen Interessen er unter dem Gebot des Sozialstaatsprinzips entsprechen muß.[148] Dem entspricht es, daß sich der Schwerpunkt der sozialstaatlichen Forderungen in der gegenwärtigen allgemeinen Tagesdiskussion als

---

144 Z.B. BVerfG E 1, 97 ff (105); 8, 274 ff. (329); 22, 180 ff. (204); 27, 253 ff. (283; vgl. weiter Rechtsprechungsnachweise bei Badura, AöR 92, 382 ff. (385 f.).

145 Vgl. auch Werner Weber, Der Staat 1965, 409 ff. (431); Ipsen, a.a.O. S. 33; Wannagat in der Festschrift für Werner Weber, S. 831.

146 A.a.O. S. 51.

147 Vgl. Abendroth, "Aussprache", a.a.O. Leitsatz 7, S. 92; BVerfG E 5, 85 ff. (198).

148 Vgl. Hecklinger, a.a.O. S. 62.

Appell an den Gesetzgeber richtet.
Der Versuch einer schärferen, auf das Thema dieser Arbeit bezogenen Konturierung des Sozialstaatsprinzips hat damit einen wichtigen Ausgangspunkt: Es geht generell darum, ob der (einfache) Gesetzgeber, ggf. auch im Wege der Verfassungsänderung, an Direktiven des Verfassungsgesetzgebers zur Verwirklichung des Sozialstaates in seinem Gestaltungs- bzw. Ermessensbereich gebunden ist, und wenn ja, welche.
Art. 20 I GG enthält seinem Wortlaut nach hierfür keinerlei Hinweise oder Leitlinien; es entspricht aber der gefestigten Rechtsprechung z.B. des BVerfG,[149] daß das Sozialstaatsprinzip nur das "Was" dieser Sozialgestaltung bestimme, aber für die Erreichung des Ziels, das "Wie", unter dem Vorbehalt rechtsstaatlicher Prinzipien alle Wege offen halte.

II Maßstäbe für den Inhalt der Sozialgestaltungspflicht insbesondere des Gesetzgebers an Hand der Entstehungsgeschichte des Sozialstaatsprinzips

Die bis jetzt vorgefundenen und im vorangegangenen Kapitel skizzenhaft herausgearbeiteten Kriterien des Inhalts der Sozialgestaltungspflicht lassen Rückschlüsse auf den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz der medizinisch rehabilitierten und der noch behinderten Stellenbewerber nicht zu: Ob der Verfassungsgesetzgeber bestimmte Direktiven zur Verwirklichung des Sozialstaats postuliert hat, ist nur unter Zugrundelegung des jeweiligen Einzelfalles feststellbar; dagegen bewegen sich die wiedergegebenen Diskussionsbeiträge auf relativ hoher Abstraktionsebene, so daß von dorther wohl nahezu jedes sozialpolitische Ordnungsprogramm sozialstaatlich abgesichert wäre, und die herangezogenen literarischen Beispiele[150] und Entscheidungen der Gerichte sind auf spezielle Einzelfälle zugeschnitten.
Ob Art. 20 I GG - abgesehen von seinem bloßen Wortlaut, der sie nicht enthält - Leitlinien für die verfassungsrechtliche

---

149 S. z.B. die Nachweise unter Fn. 144.
150 S. z.B. o. S. 93 f.

"Lage" der beruflichen Rehabilitation gesetzt hat, ist auf den ersten Blick zweifelhaft. Anhaltspunkte können sich aus der Entstehungsgeschichte der Sozialstaatsklausel ergeben. Werner W e b e r [151] hat sie umfänglich nachgezeichnet. Aus diesem Bericht ergibt sich, daß das Adjektiv "sozial" seine Aufnahme in den Art. 20 GG in einer Sitzung des Grundsatzausschusses des Parlamentarischen Rates fand.[152] Hingegen ging der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee von einer derartigen Bezeichnung offenbar noch nicht aus. Im Grundsatzausschuß wurde "sozial" von dem Abgeordneten v. Mangoldt am 14. 10. 1948 vorgeschlagen; "sozialer Bundesstaat" in Art. 20 I GG beruhte auf dem Antrag des Abgeordneten Th. Heuß im Hauptausschuß des Parlamentarischen Rates; "sozialer Rechtsstaat" in Art. 28 I GG geht auf eine Formulierung des Abgeordneten Carlo Schmid zurück. Im Plenum des Parlamentarischen Rates wurden dann beide Formulierungen ohne nähere Diskussionen angenommen.[153]

Demzufolge kam Weber zu folgendem Ergebnis: "Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes enthält ihrem Wortlaut und ihrem Sinnzusammenhang nach kein bestimmtes Verfassungsprogramm für konkrete Forderungen an die künftige Sozialordnung. Niemand ist in der Lage, bestimmte Gestaltungen und Entscheidungen, seien sie dem Gesetzgeber, der Exekutive oder der richterlichen Gewalt aufgetragen, aus dem Bekenntnis zum Sozialstaat abzuleiten. Die Entstehungsgeschichte der Klausel belegt, daß ihr gerade das von ihrem Schöpfer aus nicht mitgegeben werden sollte. Die Klausel sollte es in die eigenverantwortliche Entscheidung des künftig tätig werdenden Gesetzgebers stellen, wie er mit dem 'Mut zu den sozialen Konsequenzen, die sich aus den Postulaten der Demokratie ergeben' (Carlo Schmid), die Sozialordnung in dem reorganisierten deutschen Staatswesen gestalten zu sollen meinte."[154] Dies mag zeigen, "daß man sich im Parlamentarischen Rate über den Inhalt der These vom

---

151 Der Staat 1965, 409 ff. (412 ff.).

152 Werner Weber, a.a.O. S. 411.

153 Matz, JöR n.F. Bd. 1, S. 159 ff.

154 Werner Weber, Der Staat 1965, 409 ff. (415).

sozialen Rechtsstaat überraschend wenig Gedanken gemacht" hat.[155] Daher wird man bestimmte Gestaltungen und Entscheidungen der staatlichen Organe allein aus dem Bekenntnis des GG zum Sozialstaatsprinzip vor dem gerade dargestellten Hintergrund nicht ableiten können.[156]
Dies gilt somit auch für das Recht der beruflichen Rehabilitation.

III Maßstäbe für den Inhalt der Sozialgestaltungspflicht auf Grund der aktuellen Situation des Parlamentarischen Rates

1. In die Zukunft gerichteter Sozialgestaltungsauftrag

Bei der historischen Bestandsaufnahme ist allerdings zu bedenken, daß man von einer Gedankenlosigkeit des Verfassungsgesetzgebers bei der Postulierung des Sozialstaatsprinzips nicht wird ausgehen können. Denn er hat es im GG an hervorragender Stelle verankert und mit der Unverbrüchlichkeitsgarantie des Art. 79 III GG versehen. Bedenkt man dies, so liegt doch die Annahme sehr nahe, daß der Verfassungsgesetzgeber zweierlei mit diesem hohen verfassungsrechtlichen Rang ausstattete: einmal - aus seiner aktuellen, entstehungszeitlichen Sicht - den ihm bekannten Zustand der Sozialordnung im Jahre 1949, zum anderen - ebenfalls aus dieser Sicht - die künftige, von ihm angeordnete Sozialgestaltungspflicht z.B. des (einfachen) Gesetzgebers.
So meint W e b e r ,[157] daß die heutige rechtliche Bedeutung der Sozialstaatsklausel nicht ohne weiteres mit dem Sinn gleichgesetzt werden könne, den etwa ihre Schöpfer selbst ihr beigelegt oder ein objektiv urteilendes Forum ihr im Zeitpunkt ihres Inkrafttretens zuerkannt hätten.
Dem entspricht auch die Ansicht des BVerfG.[158] Es hat den Gedanken geäußert, daß das GG keineswegs die historisch gewordenen gesellschaftlichen Verhältnisse sanktionieren, aber auch

155 Menger, a.a.O. S. 72.

156 Vgl. auch Benda, a.a.O. S. 59; H.H. Klein in Festschrift für Werner weber, S. 645.

157 Der Staat 1965, 409 ff. (417).

158 E 5, 85 ff. (197 f.).

nicht grundsätzlich und im ganzen ablehne. Vielmehr gehe das GG davon aus, daß diese Verhältnisse verbesserungsfähig und verbesserungsbedürftig seien. Das hierfür leitende Prinzip sei der Fortschritt zu sozialer Gerechtigkeit.
Deswegen kann als Zwischenergebnis vorläufig festgehalten werden, daß auch entstehungsgeschichtliche Zusammenhänge Anhaltspunkte für einen in die Zukunft gerichteten Sozialgestaltungsauftrag in erster Linie des Gesetzgebers liefern.

2. Bewußte Offenhaltung des Sozialstaatsmodells

Angesichts der bedeutsamen verfassungsrechtlichen Sicherung fragt es sich daher, ob es - wie Weber meint - tatsächlich nur der eigenverantwortlichen Entscheidung des künftig tätig werdenden Gesetzgebers überlassen ist, wie er die Sozialordnung gestalten zu sollen glaubt. Denn wenn der Verfassungsgesetzgeber u.a. auch den Bereich des künftigen Ausbaus der Sozialordnung und die hierauf bezogene Pflicht z.B. aller künftigen Gesetzgeber im GG so vorzüglich festlegte (Art. 20 I, 28 I, 79 III GG), dann wird dem auf den Inhalt dieser künftigen Ausgestaltung bezogenen Schweigen, der Tatsache der widerspruchs-, ja diskussionslosen Aufnahme des Sozialstaatsgrundsatzes in das GG nicht lediglich entnommen werden können, damit habe der Verfassungsgesetzgeber dem Sozialstaatsprinzip keinerlei Erklärungswert beigemessen.
Einen objektiven Erklärungswert hat dieses Schweigen einmal dadurch, daß die dem Verfassungsgesetzgeber bekannte Sozialordnung, zu der z.B. das bis dahin ausgebaute Sozialversicherungssystem gehörte, unter die Schutzgarantie des Sozialstaatsprinzips fällt.[159]
Hierzu hat auch das BVerwG[160] ausgeführt, daß das Verfassungsrecht nicht nur aus den einzelnen Sätzen der geschriebenen Verfassung bestehe. Es bestehe vielmehr "auch aus gewissen,

---

159 Wobei hier nicht entschieden zu werden braucht, ob das gegliederte System des Sozialversicherungsrechts damit auch verfassungsrechtlich institutionell und in materiell-rechtlicher, rangmäßiger Hinsicht auf der Verfassungshöhe gesichert ist.

160 In der Entscheidung zur früher geltenden Fürsorgepflichtverordnung, BVerwG E 1, 159 ff. (161).

sie verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen, die der Verfassungsgesetzgeber, weil sie das vorverfassungsmäßige Gesamtbild[161] geprägt haben, von dem er ausgegangen ist, nicht in einem besonderen Rechtssatz konkretisiert hat".

Ob man ein ähnliches "beredtes" Schweigen des Verfassungsgesetzgebers auch im Hinblick auf die (aus der Sicht von 1949) künftige Sozialgestaltung annehmen kann, kann nur die historische Analyse ergeben. Demzufolge erscheint trotz der Eindeutigkeit des von Werner W e b e r erstatteten Berichts am ehesten die Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips mittels der historischen Auslegung für erfolgversprechend. Weder die grammatische Interpretation (Problematik des Begriffsteils "sozial") noch die systematische Auslegung (Stellung des Sozialstaatsprinzips im Rechts- bzw. Gesetzessystem) noch die teleologische Methode (Sinn und Zweck des Sozialstaatsprinzips im Rahmen der Gesamtkonzeption des GG) bieten Aussicht dafür, über die bereits aufgeführten Thesen hinaus konkretere Maßstäbe für den Inhalt der Sozialgestaltungspflicht des Gesetzgebers zu erhalten.

Vielmehr könnte dem Begriff vom sozialen Rechtsstaat - wie B a c h o f [162] meint - ein einigermaßen bestimmbarer Vorstellungsgehalt dann entnommen werden, "wenn man ihn weder mit notwendig unfruchtbaren philologischen Interpretationskünsten seziert noch ihn isoliert betrachtet, sondern ihn in seiner Situationsbedingtheit als Verfassungsprogramm eines in der sozialen Wirklichkeit unserer Zeit stehenden Massenstaates, und somit in dem notwendigen Zusammenhang mit seiner Geschichte und Umwelt sieht".

Ohne der eigenen Wertung vorgreifen zu wollen, liegt bei einer solchen realen Betrachtungsweise eines auf der Hand: Hätte der Verfassungsgesetzgeber die Kompetenz des (einfachen) Gesetzgebers lediglich auf die Abwehr von Störungen beschränken wollen, die sich gegen den ihm im Jahre 1949 bekannten Sozial-

---

161 Hervorhebung durch Verfasser, A.B.

162 A.a.O. S. 203 f.

staatszustand zukünftig hätten richten können, so hätte er damit wohl folgendes zum Ausdruck gebracht:
Der Verfassungsgesetzgeber wäre davon ausgegangen, daß dieser soziale Zustand der Gesellschaft und der soziale Status jedes einzelnen maximal und auch optimal ausgebaut ist. Er hätte dem künftigen Gesetzgeber abwehrende Funktionen aufgetragen, die sich dann lediglich auf die Wahrung dieses Besitzstandes der Sozialstaatlichkeit bei Gefahrensituationen beschränkt hätten.

Gerade dies wird man dem Verfassungsgesetzgeber von 1949 nicht unterstellen können. Zwar ging er von einer bereits bestehenden Sozialstaatlichkeit aus bzw. mußte sie ihm bekannt gewesen sein - z.B. hatten verschiedene vorzeitige Länderverfassungen das Sozialstaatsprinzip bereits verankert. Er ging offensichtlich aber auch von der Notwendigkeit aus, daß die von ihm konzipierte Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland vor dem Hintergrund der totalen Zerstörung in sämtlichen, auch und besonders den wirtschafts- und sozialpolitischen Bereichen konstitutionell durchzuformen und auf dieser Basis aufzubauen ist - eben um die damals sichtbaren Spuren der Zerstörung zu beseitigen.[163]
Die fehlende Beschreibung des Weges zu diesem Ziel im GG wird bereits aus dem Text des GG erklärbar. Die Präambel[164] und Art. 146 GG[165] lassen die Annahme zu, daß der Parlamentarische Rat das GG als Provisorium betrachtete. Wegen der für ihn offensichtlich bestimmend gewesenen Ungewißheit über die künftige Wirtschafts- und Sozialordnung der zu gründenden Bundesrepublik Deutschland sollte das GG dieser künftigen Entwicklung nicht - wie sonst im Stile einer Vollverfassung - vorgreifen. Dadurch vermied der Parlamentarische Rat die Gefahr einer vorschnellen, situationsbedingten Festlegung eines Modells der Wirtschafts- und Sozialordnung.

---

163 Vgl. hierzu auch Hecklinger, a.a.O. S. 16.

164 "... um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben..."

165 (Beschränkte Geltungsdauer des GG).

H. v. M a n g o l d t [166] hat in diesem Zusammenhang einen wesentlichen Gesichtspunkt auf parallelem Gebiet angedeutet. Als CDU-Berichterstatter hat er in seinem schriftlichen Bericht über die Entstehung des Grundrechtsteils zu der in Art. 15 GG vorgesehenen Möglichkeit der Sozialisierung ausgeführt: "Die Sozialisierung ist mit Rücksicht auf die große Bedeutung, die weite Kreise des Deutschen Volkes dieser Frage zumessen, obwohl damit in die Sozialordnung übergegriffen wird, als ein besonders wichtiger Unterfall der Enteignung in Art. 15 GG behandelt."
Da Art. 15 GG insofern nur die Möglichkeit einer Sozialisierung in rechtlich gebundener, kontrollierbarer Weise dem einfachen Gesetzgeber eröffnet hat, hat sich der Verfassungsgesetzgeber der Entscheidung darüber, daß zu sozialisieren sei, zwangsläufig und bewußt enthalten. Es mag dahinstehen, ob die Zulässigkeit einer Sozialisierung gem. Art. 15 GG eine spezifische Ausgestaltung der im Sozialstaatsprinzip beschlossenen Sozialgestaltung ist. Ein paralleles Verhältnis der beiden Bereichen besteht nämlich insofern, als sie auf die Gestaltung der Sozialordnung ausgerichtet sind.
Daher liegt es im Rahmen der historischen Auslegung des Sozialstaatsprinzips, auch hier von einer bewußten Offenhaltung des Sozialstaatsmodells der Zukunft auszugehen.
Als weiteres Zwischenergebnis kann damit vorläufig festgehalten werden: die enstehungsgeschichtlichen Zusammenhänge liefern auch Anhaltspunkte dafür, daß der in die Zukunft gerichtete Sozialgestaltungsauftrag inhaltlich bewußt offengehalten wurde, um im Rahmen des provisorischen Verfassungsgesetzes der künftigen Sozialgestaltung nicht vorzugreifen.[167] Insofern stellt das Sozialstaatsprinzip - in Übereinstimmung mit Werner W e b e r [168] - sozusagen das Surrogat für das Beiseitelassen sozialwirtschaftlicher Grundsätze oder sozialer Lebensordnungen dar.

---

166 "Bericht", a.a.O. S. 12.

167 Vgl. hierzu auch Hartwich, a.a.O. S. 50 ff.; Abendroth, "Begriff", a.a.O. S. 120; Herzog, "Allgemeine Staatslehre", S. 387.

168 Der Staat 1965, 409 ff. (414).

Allerdings ergeben sich hieraus noch keine Korrekturen der Ansicht, die Verwirklichung des Sozialstaats sei der eigenverantwortlichen Gestaltungsfreiheit des (einfachen) Gesetzgebers überlassen.

3. Die Kompromißsituation im Parlamentarischen Rat

Fraglich ist, ob sich bei einer realistischen, auf historischen Tatsachen fußenden Auslegung des Sozialstaatsprinzips aus anderen Erwägungen möglicherweise Grenzen der eigenverantwortlichen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ableiten.

Hierfür liefert ein weiterer Bericht Aufschlüsse, den v. M a n g o l d t [169] wiedergegeben hat. Ausgangspunkt hierfür ist zunächst, daß der Parlamentarische Rat 65 Mitglieder gezählt hat, die sich in die folgenden Fraktionen und Parteien gliederten: CDU/CSU 27; SPD 27; FDP 5; Zentrum, DP, KPD je 2 Sitze. In dem Bericht heißt es dann: "Für die politischen Entscheidungen, die hier wie bei jedem Verfassungswerk zu fällen waren, war besonders bedeutsam, daß sich in den beiden großen Parteien die beiden großen politischen Richtungen im Deutschen Volk in gleicher Stärke gegenüberstanden. Das hat das Zustandekommen eines von einer überwiegenden Mehrheit getragenen Ergebnisses sehr erschwert. Nur mit einem derartigen Ergebnis durften aber die Arbeiten enden. Denn allein dann war der zukünftigen deutschen Regierung der nötige Rückhalt in der Welt sicher. Das ist auch stets die Überzeugung der überwiegenden Mehrheit des Parlamentarischen Rates gewesen. Zeitweilig, so besonders im März und April 1949, waren gleichwohl die Gegensätze zwischen beiden Richtungen so stark gewesen, daß ein positives Endergebnis völlig in Frage gestellt schien.

Auf der anderen Seite hat diese politische Situation aber beide Seiten doch auch zur Mäßigung veranlaßt und sie zu einem Ausgleich gezwungen, der den Interessen weiter Kreise des Volkes am ehesten entsprach."
Besonders der Hinweis auf den erforderlich gewordenen Ausgleich läßt den Schluß zu, daß die im Parlamentarischen Rat

---

169 "GG 1953", Einl. I 2, S. 9.

vertretenen politischen Kräfte von unterschiedlichen Ordnungsvorstellungen ausgingen, die sich kontrovers gegenüberstanden. Das wird auch dadurch bestätigt, daß die Sozialstaatsmodelle der beiden großen Parteien im Parlamentarischen Rat, wie H a r t w i c h [170] nachweist, von unterschiedlichen Konzeptionen ausgingen. Dabei ließ sich die CDU von einer etwa als "sozialer Kapitalismus" zu kennzeichnenden Konzeption leiten. Diese baute prinzipiell auf den "klassischen" Freiheits- und Grundrechten auf und sah die Aufgabe der Sozialgestaltung grundsätzlich in der Ermöglichung autonomer Prozesse bei gleichzeitiger oder nachträglicher Vornahme der sozialpolitischen Korrekturen.

Im alternativen Sozialstaatsmodell der SPD, das als Modell des "demokratischen Sozialismus" bezeichnet wurde, lag der Hauptgedanke auf der Effektuierung der Freiheitsermöglichung. Hier verband sich der soziale Gedanke in der Weise mit dem Gedanken der Freiheit, daß die Freiheit des einzelnen in der Gesellschaft erst durch die sozialgestaltenden Interventionen in Wirtschaft und Gesellschaft effektiv werden kann. Hier wurden nicht erst nachträgliche sozialpolitische Korrekturen zur Verwirklichung der sozialen Situation z.B. der Arbeitnehmer postuliert, sondern die materielle Gewährleistung der Freiheit von Anfang an.

Nimmt man die von v. Mangoldt berichtete Situation im Parlamentarischen Rat und diese unterschiedlichen sozialpolitischen Ordnungsvorstellungen zusammen, so ergibt sich als weiteres Zwischenergebnis zweierlei: einmal, daß die vom Verfassungsgesetzgeber bewußt offen gehaltene künftige Ausgestaltung der Sozialordnung von den beiden großen politischen Richtungen jeweils unter dem Gesichtswinkel ihrer eigenen Zielsetzungen beurteilt worden sind, zum anderen, daß sie sich über die ihnen gegenwärtige Sozialordnung in der dann auch im GG mit hohem Verfassungsrang verankerten Weise kompromißhaft geeinigt haben.

Allerdings läßt auch diese Feststellung nicht den Schluß zu, daß dadurch von Verfassung wegen verbindliche Rahmen gesetzt worden seien, innerhalb deren sich jede künftige Sozialgestal-

---

170 A.a.O. S. 54 bis 60; hierauf wird verwiesen.

tung zu bewegen habe. Deswegen sind Rückschlüsse auf eine verfassungsrechtliche Ausgestaltung der möglichst optimal zu rehabilitierenden Stellenbewerber nicht möglich.

4. Sozialgestaltungsauftrag und Demokratieprinzip

Rückschlüsse auf die verfassungsrechtliche Position der beruflichen Rehabilitation können möglicherweise dann gezogen werden, wenn man sich der Frage zuwendet, in welcher Weise sich der kompromißbedingte, bewußt offengelassene Sozialgestaltungsauftrag des Sozialstaatsprinzips auf den Bereich jenseits der kompromißhaften Einigung richtet. Denn aus dem bisherigen Bericht zur historischen Entwicklung dieses Verfassungsgrundsatzes ergibt sich, daß es nach den Vorstellungen des Parlamentarischen Rates bei diesen gemeinsamen Vorstellungen über die Sozialordnung nicht bleiben sollte.

Bewußtes Offenhalten des in die Zukunft gerichteten Sozialgestaltungsauftrages; die psychologische Situation der Mitglieder des Parlamentarischen Rates - sie gingen beim GG von einem Provisorium aus -; die Rücksichtnahme auf die künftige Entwicklung der neu konzipierten Bundesrepublik Deutschland sollten es den (aus der Sicht von 1949) künftigen aktiven sozialen und wirtschaftlichen Kräften augenscheinlich ermöglichen, über die verfassungsmäßige Beteiligung an der politischen Willensbildung ihre Bewertungsmaßstäbe an das unumstößliche kompromißhafte Minimum sozialstaatlicher Vorstellungen anzuschließen. Denn Art. 20 I GG hat nicht nur das Sozialstaatsprinzip mit jenem hohen verfassungsrechtlichen Rang ausgestaltet, sondern auch das dort konstituierte Demokratieprinzip. Dieses gebietet u.a., daß jede Ordnung eines Lebensbereiches auf eine Willensentschließung der vom Volke bestellten Gesetzgebungsorgane muß zurückgeführt werden können.[171]
Von diesem Tatbestand ausgehend, wird man nun nicht annehmen können, daß sich der Parlamentarische Rat bzw. die in ihm vertretenen politischen Kräfte und Gruppierungen über die

171 Vgl. z.B. BVerfG E 33, 125 ff. (158); BVerwG DVBl. 1975, 421 ff. (422; Müller, BABl. 1974, 257 ff. (260).

Funktion dieser Willensentschließung der Gesetzgebungsorgane im unklaren waren. Vielmehr muß er - den sozialstaatlichen Kompromiß vor Augen - gesehen haben, wie sehr die Konturen eines Sozialstaatsmodells von sozialphilosophisch bedingten Ordnungsvorstellungen abhängig sind.

Denn die diesbezüglichen, von der CDU und von der SPD im Parlamentarischen Rat vertretenen Konzeptionen waren nicht aus sich heraus entwickelt, sondern ergaben sich aus unterschiedlichen, von den jeweiligen Parteien vertretenen Sozialphilosophien: Es liegt auf der Hand, daß Verfassungen, zumal in weltanschaulich heterogenen Staaten, generell Kompromisse zwischen den am Verfassungsentwurf beteiligten Vertretern beinhalten; diese Kompromisse ergeben sich aus den unterschiedlichen gesellschaftspolitischen und sonstigen weltanschaulichen Standorten der an ihnen beteiligten Parteien.[172]

So wurde anläßlich der Auseinandersetzung über den Sozialisierungsartikel des GG im Parlamentarischen Rat betont, daß ein Strukturwandel der Wirtschaftsverfassung gewünscht sei.[173] Der Parlamentarische Rat war sich insofern einig, daß die künftige Gestaltung der Sozialordnung diesem gemeinsamen Minimum an Vorstellungen unterworfen werden muß, daß darüber hinaus jedoch - auf Grund der Anbindung des Sozialstaatsprinzips an das Demokratieprinzip - die künftige Entwicklung zur sozialen Demokratie offenzuhalten und durch die Majoritätsverhältnisse in den gesetzgebenden Körperschaften jeweils zu bestimmen ist.[174]

So, wie der Kompromiß im Parlamentarischen Rat auf widerstreitende Sozialphilosophien zurückzuführen ist, die von den am Gesetzgebungsverfahren beteiligten politischen Kräften vertreten wurden, so muß es der Parlamentarische Rat demnach vor Augen gehabt haben, daß sich auch künftig gleichberechtigt anerkannte, verschiedene Sozialphilosophien, die faktisch gegensätzliche Interessen repräsentieren, gegenüberstehen werden.

---

172 Vgl. hierzu z.B. Zacher, Sozialpolitik und Menschenrechte, a.a.O. S. 34.

173 Abendroth, "Begriff", a.a.O. S. 139 f.

174 Abendroth, a.a.O. S. 140.

Ihnen sollte die Chance ihrer legalen Verwirklichung im Prozeß der demokratischen Willensbildung geboten werden.

Daraus ergibt sich einmal, daß der Grundsatz des demokratischen und sozialen Rechtsstaates nicht in der Weise festliegen kann, daß man ihn mit einem nicht mehr wandelbaren Inhalt im Sinne nur einer der widerstreitenden sozialphilosophischen Ideen als endgültig auffaßt.[175] Der bisher bestimmte Sozialgestaltungsauftrag wird vielmehr hierdurch deutlich[176]: Die Sozialordnung ist dem unmittelbar demokratisch bestimmten Staatsorgan, also dem Gesetzgeber, unterworfen, und es geht nunmehr um die jeweilige Inhaltsausfüllung des Grundsatzes der Sozialstaatlichkeit durch die gestaltende Tätigkeit des Gesetzgebers nach seiner sozialphilosophisch bedingten Ordnungsvorstellung.

Setzt man das Sozialstaatsprinzip mit dem Demokratieprinzip in Verbindung, so ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen weiter, daß Sozialstaatlichkeit notwendig unmittelbar Gegenstand der Auseinandersetzung der sozialen Gruppen um die für sie repräsentativen Sozialauffassungen sein muß.[177] Sie haben eine Gestaltungsaufgabe, die über das Minimum der vom Parlamentarischen Rat gemeinsam vertretenen Wertmaßstäbe hinausreicht und vor allem an den Gesetzgeber appelliert. Somit läßt sich der Grundsatz der Sozialstaatlichkeit inhaltlich ausschöpfen, wenn man in ihm den Willen erkennt, nicht nur in unmittelbarer Wirkung den Staat zur Sicherung eines Minimums an sozialen Ordnungsvorstellungen zu verpflichten, sondern diesem die ständige Ausdehnung seiner gestaltenden Tätigkeit u.a. auf die Gesellschaftsordnung zur Aufgabe zu machen.

Abendroth[178] bemerkt hierzu zutreffend, daß das GG eine diesbezügliche "endgültige inhaltliche Entscheidung zwischen den streitenden Sozialphilosophien, die für die heutige soziale

---

175 Abendroth, a.a.O. S. 140 f.

176 S.o. S. 107 und bes. Fn. 147.

177 Abendroth, "Begriff", a.a.O. S. 138.

178 "Begriff", a.a.O. S. 143.

Lage repräsentativ im Parlamentarischen Rat vertreten waren", weder treffen wollte noch konnte. "Es hat vielmehr diesen Kräften die Freiheit erhalten, ihren Gestaltungswillen im Rahmen der politischen Demokratie auf die Sozialordnung zu übertragen." Somit hat jene Kompromißlage für die Sozialphilosophien der demokratisch planenden sozialen Kräfte alle Möglichkeiten offengelassen.

5. Die Pflicht insbesondere des Gesetzgebers, seine sozialphilosophisch bedingten Ordnungsvorstellungen zu verwirklichen

Diese verfassungsrechtlich gesicherte Befugnis des Gesetzgebers, den vom Sozialstaatsprinzip kompromißbedingt unausgefüllt gelassenen Freiraum eines künftigen Sollzustands des Sozialstaats mit eigenen Ordnungsvorstellungen ausformen zu können, kleidet den zweifelsfrei bestehenden Sozialgestaltungsauftrag aus:[179] Der Gesetzgeber ist - um seiner grundgesetzlichen Pflicht "zu sozialer Aktivität" nachkommen und dadurch das Sozialstaatsprinzip verwirklichen zu können - verpflichtet, seine sozialphilosophisch bedingten Ordnungsvorstellungen auf die Sozialordnung einwirken zu lassen. Dadurch wird eine inhaltliche Ausfüllung des Sozialstaatsprinzips erreicht, praktisch eine "Vervollständigung". Sie entspricht dem Wesen des Sozialstaatsprinzips als eines Verfassungsgrundsatzes, der nicht statisch gesichert ist, sondern im Wege der demokratischen Willensbildung durch - jeweils verschiedene - sozialphilosophisch bedingte repräsentative Sozialauffassungen ausgefüllt werden muß.

Entstehungsgeschichtlich betrachtet, entspricht diese Zielvorstellung aller Mitglieder des Parlamentarischen Rates zur künftigen Sozialordnung ihrer eigenen konkreten Situation im Parlamentarischen Rat, und zwar gleichsam spiegelbildlich: Sie haben sich nur auf einen Kompromiß einigen und die künftige Gestalt einer sozialstaatlichen Ordnung lediglich in einem

179 Vgl. oben S. 98 ff. und 104 f.

bewußt offengelassenen Sozialgestaltungsauftrag an die einfachen Gesetzgeber umschreiben können. Der Grund hierfür liegt in unüberwindbar gewesenen sozialphilosophischen Standorten, z.B. bezüglich der Verankerung sozialer Grundrechte im GG.[180] Eine Einigung darüber, daß soziale Grundrechte im GG aufgenommen[181] werden sollten, war nicht erzielbar, hätte aber erzielt werden können, wenn die Kontroverse nicht bestanden hätte.

In diesem Maße nicht unüberwindbare Ordnungsvorstellungen führten auf anderem Gebiet zu konkreten Ausformungen: Das ermöglichte Sozialisierungsvorhaben (Art. 15 GG) entsprach sowohl den wirtschaftspolitischen Zielsetzungen der CDU[182] als auch denen der SPD.[183] Es stellt damit in dieser Form einen Konsensus dar.

Deswegen liegt die Annahme nahe, daß auch auf anderen Bereichen der Sozialpolitik bei einer prinzipiellen Annäherung konkretere Zielbestimmungen hätten gefunden werden können, als es jenes "Surrogat für das Beiseitelassen sozialer Lebensordnungen" (Werner Weber) schließlich darstellt.

Entstehungsgeschichtlich ergibt sich weiter, daß die Dispositionsfähigkeit keineswegs dem "Gutdünken" oder dem "freien Ermessen" des einfachen Gesetzgebers zugeschrieben wurde. Vielmehr ist er über den Verfassungsbefehl gem. Art. 20 I GG unmittelbar zur Verwirklichung der Sozialstaatsklausel verpflichtet, mittelbar - weil die Sozialstaatsklausel sonst nicht verwirklichungsfähig wäre - zu deren Aktivierung auf Grund der von ihm vertretenen sozialphilosophischen Anschauung. Hieran muß er seine Aktivitäten messen lassen.

---

180 Vgl. hierzu oben Erster Teil, 3. Kapitel II 2 a), S. 72 f. mit Fn. 223.

181 Z.B. nach dem Beispiel zahlreicher, auch damals aktuell gewesener Länderverfassungen.

182 Generell nach Ziffer II 3 und 4 des Ahlener Programms von 1947 und - in abgeschwächter Form an wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit, betriebstechnischer Voraussetzung und politischer Notwendigkeit ausgerichtet - nach Ziffer 10 der Wirtschaftspolitischen Leitsätze der CDU (Düsseldorfer Leitsätze) von 1949, vgl. "Die CDU", a.a.O. S. 22 ff.

183 Vgl. "SPD-Richtlinien", S. 30 ff.

Sonst ließe der Gesetzgeber den Sozialstaatssatz (obwohl eines der tragenden Verfassungsprinzipien) willkürlich unscharf, so daß diese Unschärfe im freien Bereich jenseits des kompromißhaften Minimums geradezu Voraussetzung und Beweis für die Behauptung wäre, dieses Prinzip sei für eine unmittelbare verfassungsrechtliche Prüfung unfruchtbar.

Diese unbewiesene Prämisse bewirkte gleichzeitig, daß der Gesetzgeber jeden seiner Schritte als "sozialstaatlich notwendig" vorgeben könnte, ohne den Sozialstaatssatz - eben wegen dieser Scheinaktivität - zu verwirklichen.

Geht man hiervon aus, so stellt sich der konkretisierte Inhalt des Sozialstaatsprinzips jeweils nach Maßgabe derjenigen Sozialphilosophie, die sich im Prozeß der demokratischen Willensbildung hat durchsetzen können, verschieden dar. Diese ist kraft des Demokratieprinzips repräsentativ.

Sozialphilosophische Ordnungsvorstellungen, die nach dem Verständnis gesellschaftspolitischer Kräfte verwirklicht werden sollen, beinhalten die Formulierung von Zielen, wie etwa die Förderung des Gemeinwohls, die Humanisierung der Arbeitswelt. Was diese Ziele im einzelnen ausfüllen soll, ist nun nicht rational bestimmbar im Sinne eines diskursiven, formalen Denkens in Begriffen, Urteilen und Schlüssen.
Vielmehr sind solche sozialpolitischen Zielvorstellungen notwendigerweise irrational, wenn man bedenkt, daß es nur eine Rationalität in der Wahl der Mittel bei gegebenem Ziel, nicht aber eine Rationalität in der Wahl der Ziele, "in der Hierarchie der Zwecke selbst", gibt.[184]
Zielfestlegung in diesem Sinne bedeutet daher, wertende Entscheidungen zu treffen, Verfolgung der festgelegten Ziele demzufolge rationaler Einsatz von Mitteln, die dazu geeignet sind, jene Wertvorstellungen zu verwirklichen.
Die erste Ebene, die B e w e r t u n g der eigenen sozialphilosophisch für notwendig oder wünschenswert erachteten Ziele, also die Einstufung der Hierarchie der Zwecke, steht damit

184 Vgl. z.B. Hampel, ZSR 1968, 522 ff. (523) unter Hinweis auf Max Weber (s. Fn. 3) und G. Mackenroth (s. Fn. 4).

unter dem Einfluß sozialphilosophisch bedingter Überzeugungen. Eine so zustande gekommene Zielentscheidung ist der juristischen, rationalen Beurteilung entzogen. Folglich ist auf dieser Ebene eine "richtige" oder "falsche" sozialpolitische Ordnungsvorstellung undenkbar.
Die zweite Ebene, nämlich die Realisierung der sozialphilosophischen Aussage, ist dagegen rational erfaßbar. Hier kann sich ergeben, daß der angestrebte Ordnungszustand illegitim sein wird, weil nach den Maßstäben des begrifflich-logischen Verständnisses der geplante Einsatz von hierfür als tauglich beurteilten Mitteln in Wirklichkeit selbst unzulässig ist.

Konzentriert man diese Überlegungen auf die sozialstaatliche Interpretation der Grundrechte und damit auf die hierfür vorausgesetzte Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips, so ist künftig zunächst die genannte erste Ebene in ihrer Einwirkungsmöglichkeit auf Lösungsvorschläge zu untersuchen. Da es um die aktuelle verfassungsrechtliche Position der medizinisch rehabilitierten und der noch behinderten Stellenbewerber und deren Persönlichkeitsschutz geht, kommt es darauf an, welche aktuellen sozialphilosophischen Ordnungsvorstellungen hierfür bestimmend sind. "Aktuell" bezieht sich dabei auf den Gesetzgeber bzw. die ihn tragenden politischen Kräfte.
Gegen diese Methode der Interpretation der Sozialstaatsklausel könnte nun eingewandt werden, sie bewege sich auf verfassungspolitischer Ebene und stehe daher einer juristischen Diktion nicht zur Verfügung. Dem wäre jedoch die Praxis der Grundrechtsinterpretation entgegenzuhalten:
B ö c k e n f ö r d e [185] knüpft in diesem Zusammenhang an die Tatsache an, daß die Grundrechtsbestimmungen des GG wie auch anderer rechtsstaatlicher Verfassungen ihrer Wortfassung und Sprachgestalt nach Lapidarformeln und Grundsatzbestimmungen seien, die aus sich selbst heraus inhaltlicher Eindeutigkeit weithin entbehrten. Sie bedürften in anderer Weise als normale Gesetzesbestimmungen einer nicht nur explikativen, sondern einer ausfüllenden Interpretation. Böckenförde führt

185 NJW 1974, 1529 ff. (1529).

sodann die hauptsächlichen Interpretationstheorien vor,[186] nämlich die liberale (bürgerlich-rechtsstaatliche), die institutionelle, die demokratisch-funktionale und die sozialstaatliche Grundrechtstheorie, ferner die Werttheorie der Grundrechte. Später[187] stellt er die Frage, ob im Rahmen der Verfassungsordnung des GG Grundrechtstheorien als Ansatz- und Bezugspunkt der Grundrechtsinterpretation frei gewählt werden könnten oder ob das GG selbst hierfür eine Entscheidung getroffen habe.

Böckenförde weist nach,[188] daß z.B. das BVerfG die gestellte Frage in ersterem Sinne beantwortet, ohne sie ausdrücklich zu diskutieren: das Gericht stützte sich wechselnd und in diesem Wechsel unsystematisch auf verschiedene Grundrechtstheorien.

Mit Recht stellt sich Bückenförde hierbei[189] auf den Standpunkt, daß Grundrechtstheorien Ausdruck bestimmter Staatsauffassungen und Grundvorstellungen über das Beziehungsverhältnis der einzelnen zur staatlichen Gemeinschaft seien, hinter denen eine bestimmte Idee der Verfassung stehe, insoweit diese die grundlegende rechtliche Ordnung des Verhältnisses des einzelnen und der Gesellschaft zum Staat darstelle. Grundrechtstheorien des GG in dieser Funktion seien im wesentlichen der Rückgriff des GG auf die klassischen Freiheitsrechte und das Freiheitsprinzip des liberalen Rechtsstaates und die Festlegung des Sozialstaatsauftrags. Letzterer habe das zentrale Problem der liberalen Grundrechtstheorie und der hinter ihr stehenden liberalen Staatsauffassung, nämlich: die relative Blindheit gegenüber den sozialen Voraussetzungen der Realisierung grundrechtlicher Freiheit, einer positiven Lösung zugeführt.[190]

Staatsauffassungen und Grundvorstellungen über das Beziehungsverhältnis der einzelnen zur staatlichen Gemeinschaft entstehen damit auf dem Boden staatsphilosophischer und sozialphilosophischer Ordnungsvorstellungen, sind insofern also einer

---

186 NJW 1974, 1529 ff. (1530 ff.).

187 A.a.O., S. 1536.

188 A.a.O., S. 1536 m.w.N.

189 S. 1537.

190 A.a.O., S. 1537 f.

rechtlichen Bewertung nicht zugänglich. Zwar ist die Festschreibung einer Staatsauffassung, eines solchen Beziehungsverhältnisses z.B. in einer Verfassungsurkunde juristisch definierbar. Es unterliegt aber keinem Zweifel, daß diese Festschreibung nur die Folge einer solchen Wertvorstellung, Staatsauffassung usw. sein kann. Allein könnte sie nichts aussagen, sondern als juristisch sichtbar gemachte philosophische Überzeugung kann sie nur erfaßt werden, wenn man ihren entscheidenden geistigen Ausgangspunkt kennt.

Auch Grundrechtstheorien bzw. die "richtige" Grundrechtstheorie als Ausdruck bestimmter Staatsauffassungen und Grundvorstellungen über das Beziehungsverhältnis des einzelnen zur staatlichen Gemeinschaft können demnach konsequenterweise ihren geistigen Ausgangspunkt nur im außerrechtlichen Bereich haben. Dennoch mißt man ihnen eine entscheidende rechtliche Bedeutung bei; man muß es, weil die Grundrechte sonst weiterhin der inhaltlichen Eindeutigkeit weithin entbehrten und sie für die praktische Rechtsanwendung die Möglichkeit zu ausufernden Interpretationen bereithielten.

Liegt in der Grundrechtstheorie aber ein rechtlich erheblicher Faktor - wie sonst sollte den Entscheidungen des BVerfG, das nach den Nachweisen Böckenfördes[191] die Grundrechtstheorien frei wechselte und zu theorieabhängigen, differenzierten Ergebnissen kam, die rechtliche Verbindlichkeit auch tatsächlich zukommen -, so ist es nicht einzusehen, wieso der Interpretationsvorgang dieser Grundrechtstheorie selbst ausschließlich in den Bereich des unjuristischen, verfassungspolitischen, daher angeblich völlig unbeachtlichen Kalküls verbannt sein soll. Entscheidet man sich z.B. für eine sozialstaatliche Grundrechtsinterpretation, weil man der Tatsache Rechnung trägt, daß das GG den sozialen Rechtsstaat und insofern auch das Sozialstaatsprinzip mit dessen Ordnungsauftrag festgelegt hat,[192]

---

191 A.a.O., S. 1530 bis 1536 und Fn. 89 auf S. 1536.

192 Böckenförde unterstreicht dies (a.a.O., S. 1538); er aktiviert bei dieser Grundrechtstheorie allerdings nicht die leistungs- bzw. teilhaberechtliche Dimension sozialstaatlich interpretierter Grundrechte (a.a.O., S. 1536).

so hat diese Interpretationsmethode ebenso wie die mit ihr verbundene Grundrechtstheorie im außerrechtlichen Bereich ihren geistigen Ausgangspunkt und ist nur unter Berücksichtigung dieser Tatsache voll inhaltlich erfaßbar und zu effektiven juristischen Lösungswegen und -ergebnissen geeignet.

Auch die Konstituierung des Sozialstaatsprinzips ist mit einer Idee verbunden, die einer spezifisch juristischen Ausdeutung etwa an Hand von Denkkategorien und -gesetzmäßigkeiten nicht zugänglich ist. Da sie für die Erkenntnis der rechtlichen Bedeutung des Sozialstaatsprinzips aber entscheidend ist, kann man zu fruchtbaren Ergebnissen nur gelangen, wenn man in diesem außerrechtlichen Bereich ebenso wie auf dem gerade erörterten Gebiet einen sich auf die rechtliche Behandlung auswirkenden rechtlich erheblichen Faktor sieht.

6. Ergebnis

a) Somit ist einerseits festzuhalten, daß das Sozialstaatsprinzip bis zu dieser Grenze richtig ausgelegt wird: Entstehungsgeschichtlich enthält die Sozialstaatsklausel außerhalb des genannten Kompromisses kein bestimmtes Sozialstaatsmodell. Der Verfassungsgesetzgeber hat den Sozialstaatsgrundsatz offen gelassen und zur Disposition des einfachen Gesetzgebers gestellt. Richtig ist nämlich, daß die verschiedenen denkbaren Sozialstaatsmodelle im Rahmen der Verfassung nicht für sich in Anspruch nehmen können, die einzige nach dem GG mögliche Art der Ausgestaltung des Sozialstaatsgrundsatzes zu sein. Diese Offenheit ist gleichzeitig Bestandteil der Unaufhebbarkeit (Art. 79 Abs. III GG).
Zum anderen ist der Gesetzgeber in seinem auf den Ausbau des Sozialstaats bezogenen Gestaltungs- und Ermessensbereich auf Grund der von ihm vertretenen sozialphilosophischen Ordnungsvorstellung zur Aktivität verpflichtet. Nur unter diesem, aus den entstehungsgeschichtlichen Zusammenhängen erkennbaren Aspekt ist ihm die Verwirklichung des Sozialstaats zur "eigenverantwortlichen Gestaltungsfreiheit" überlassen. Insofern ist er nicht völlig frei, in seinem Ermessen nicht unbeschränkt.

Vielmehr ist er an die gerade bezeichnete Direktive des Verfassungsgesetzgebers gebunden, weil selbst die an ihm beteiligt gewesenen politischen Kräfte den Ausbau des Sozialstaats nur nach Maßgabe ihrer jeweiligen Sozialphilosophie anstrebten.
Daß das angestrebte Ziel nicht erreicht werden konnte, lag an den seinerzeit vertretenen unterschiedlichen Sozialstaatsmodellen; sie weisen unverrückbare Gegensätze aus. Das schließlich erreichte Ergebnis ist - wie die historische Entwicklung zeigt - nicht etwa auf eine freie Ermessensbetätigung der politischen Parteien im Parlamentarischen Rat zurückführbar, sondern wegen der damaligen Kräftekonstellation auf eine gegenseitige kompromißhafte Abgrenzung.

b) Nach der hier vertretenen Meinung ist der Versuch einer schärferen Konturierung des Sozialstaatsprinzips damit von sozialpolitischen Zielsetzungen des jeweiligen Gesetzgebers bzw. der ihn tragenden politischen Kräfte abhängig. Sie sind an Hand der unter a) beschriebenen Maßstäbe zu beurteilen.

Freilich liegt eines auf der Hand, worauf auch D e n n i n g e r [193] im Zusammenhang mit der allgemeinen Beurteilung von Verfassungsaufträgen und deren Beziehung zu grundrechtsverletzenden Unterlassungen durch den (einfachen) Gesetzgeber hinweist:
Da es hauptsächlich die Aufgabe des Gesetzgebers, also des Bundestages und des Bundesrates ist, die Sozialordnung zu gestalten, können politische Kräfteverteilungen in diesen Gremien dazu führen, daß sich äußerst heterogene und einander widerstreitende, sachlich aber begründete Ansichten gegenüberstehen. Sie werden dann einen nach Maßgabe der beschriebenen Verfassungsdirektive anzustrebenden Konsens verhindern oder zunächst unmöglich machen. Damit würden die kontroversen Standpunkte die Erfüllung der Verfassungsdirektive beeinträchtigen. Sie würden zu einem gesetzgeberischen Unterlassen führen, bei dessen verfassungsrechtlicher Beurteilung (Pflichtverletzung

---

193 JZ 1966, 767 ff. (771).

des Gesetzgebers?) jedoch der politische Charakter der Willensbildung entscheidend zu berücksichtigen und demzufolge die Feststellung eines verfassungswidrigen gesetzgeberischen Unterlassens nur unter engen Voraussetzungen möglich sein wird.[194]

Gleichzeitig ist zu bedenken, daß der Plancharakter der Verfassungsdirektive "Sozialstaatsprinzip" selbst aus einem politischen Willensbildungsprozeß herrührt: der Parlamentarische Rat hat auch später auftretende gegensätzliche Ordnungsvorstellungen auf diesem Sektor nicht ausschließen können, denn er stand selbst vor kontroversen Standpunkten. Es ist daher nicht vorstellbar, daß ihm nur die Verwirklichung eines "reinen", d.h. an keinem Kompromiß veränderten Sozialstaatsmodells vorschwebte. Mag in diesen Fällen das Ergebnis der politischen Willensbildung von vornherein "nur" einen Kompromißcharakter haben können, so ändert dies jedoch nichts an der Pflicht des (einfachen) Gesetzgebers, die Verwirklichung des Sozialstaats kraft der Verfassungsdirektive mit aller Sorgfalt anzustreben. Hat das Ergebnis dann einen solchen Kompromißcharakter, so liegt es auf der Linie, welche die Verfassungsdirektive postuliert hat.

c) Auf die berufliche Rehabilitation bezogen, kommt es darauf an, ob sozialphilosophische Ordnungsvorstellungen des gegenwärtigen Gesetzgebers bzw. der ihn tragenden politischen Kräfte erkennbar sind. Sie müßten nach der hier vertretenen Ansicht als Maßstäbe für die Sozialgestaltungspflicht des Gesetzgebers auf diesem speziellen Gebiet herangezogen werden:
Sie konkretisierten somit das Sozialstaatsprinzip und führten ggf. zu einer verfassungsrechtlich sich aus Art. 2 I, 1 I GG ableitenden Qualifikation der beruflich möglichst optimal zu rehabilitierenden Stellenbewerber (sozialstaatliche Interpretation der persönlichen Entfaltungsfreiheit).

d) Auf Grund dieser Auslegung kann nunmehr zu der von S c h n o r r [195] geäußerten Ansicht, der rechtsnormativen

194 Vgl. auch Denninger, a.a.O. S. 772.
195 S.o. 1. Kapitel II 1, S. 86 - 88.

Aussage "Sozialstaat" komme nicht substantielle, sondern allenfalls funktionelle Bedeutung zu, Stellung bezogen werden. Es zeigt sich, daß die bisherigen Bedenken[196] von der historischen Auslegung des Sozialstaatsprinzips her bestätigt werden. Der in dem Sozialstaatsprinzip beschlossene Sozialgestaltungsauftrag und dessen - wenn auch beschränkte[197] - Justiziabilität widersprechen der ontologisch-philosophisch begründeten Meinung, dem Sozialstaat, dem Sozialen als Phänomen des Seins fehlte - da nicht auf das Sollen ausgerichtet - das logische Prius der Rechtsnorm. Der Verfassungsgesetzgeber hat dem Sozialstaat einen Sollensfaktor zugeschrieben[198] und damit der juristischen Deutung zugänglich gemacht.
Zwar muß man Schnorr zustimmen, daß das Adjektiv "sozial" kein Rechtsbegriff ist. Die historische Beurteilung ergibt aber, daß "Sozialstaat" eine Kompromißformel auf der Ebene des Verfasssungsrechts darstellt und keineswegs als in den Bereich der Philosophie abgedrängt beurteilt werden kann. Insofern ist "Sozialstaat" bzw. "Sozialstaatsprinzip" nicht allein ein Denkmodell der Philosophie, sondern - wie das BVerfG[199] betont - "ein der konkreten Ausgestaltung in hohem Maße fähiges und bedürftiges Prinzip", damit ein Rechtsprinzip, das der juristischen Hermeneutik zugänglich ist.

IV Auswirkung auf den Persönlichkeitsschutz der medizinisch rehabilitierten und der noch behinderten Stellenbewerber

1. Die philosophischen Grundlagen sozialpolitischer Zielsetzungen der SPD und FDP

Die den gegenwärtigen Gesetzgeber tragenden politischen Kräfte, nämlich die SPD und die FDP, haben ihre sozialpolitischen Zielsetzungen in programmatischen Grundlagen verankert.
In ihrem Grundsatzprogramm hat die SPD[200] u.a. ein Bekenntnis zur sozialen Verantwortung abgegeben. Nach ihrem eigenen philosophischen Verständnis des demokratischen Sozialismus, dessen

---

196 S.o. 1. Kapitel II 3 c), S. 95 (Ergebnis).
197 Vgl. oben 1. Kapitel III 4 (Zusammenfassung), S. 104 ff.
198 Vgl. hierzu z.B. Abendroth, "Aussprache", a.a.O. S. 87 f.
199 E 5, 85 ff. (198).
200 SPD-"Godesberger Programm", a.a.O. S. 18.

Wurzeln in der christlichen Ethik, im Humanismus und in der klassischen Philosophie liegen,[201] habe Sozialpolitik die wesentlichen Voraussetzungen dafür zu schaffen, daß sich der einzelne in der Gesellschaft frei entfalten und sein Leben in eigener Verantwortung gestalten könne.
Dazu rechnet die SPD die Notwendigkeit, eine umfassende Gesundheitssicherung zu schaffen: Technik und Zivilisation setzten den Menschen einer Vielzahl von gesundheitlichen Gefährdungen aus; sie bedrohten nicht nur die lebende, sondern auch künftige Generationen. Gegen die Schäden könnte sich der einzelne nicht schützen.
Diese die Freiheitsbetätigung realisierenden Voraussetzungen hat die SPD näher unter den Grundsätzen zur staatlichen Ordnung abgegeben:[202] "Der Staat soll Vorbedingungen dafür schaffen, daß der einzelne sich in freier Selbstverantwortung und gesellschaftlicher Verpflichtung entfalten kann. Die Grundrechte sollen nicht nur die Freiheit des einzelnen gegenüber dem Staat sichern, sie sollen als gemeinschaftsbildende Rechte den Staat mitbegründen. Als Sozialstaat hat er für seine Bürger Daseinsvorsorge zu treffen, um jedem die eigenverantwortliche Selbstbestimmung zu ermöglichen und die Entwicklung einer freiheitlichen Gesellschaft zu fördern."
Damit stehen Freiheit und Menschenwürde, Gerechtigkeit und soziale Sicherheit des einzelnen als Grundlagen der menschlichen Gesellschaft[203] im Vordergrund dieses Bekenntnisses zu einer reformistischen Gesellschaftspolitik. Sie solle dazu führen, daß der Arbeitnehmer aus einem Wirtschaftsuntertan zu einem Wirtschaftsbürger werde.[204]
In den Freiburger Thesen,[205] die die FDP im philosophischen Bekenntnis des sozialen Liberalismus versteht, sind als oberste Ziele die Erhaltung und Entfaltung der Individualität persönlichen Daseins und der Pluralität menschlichen Zusammenlebens

---

201 Vgl. "Godesberger Programm" S. 7 (Grundwerte des Sozialismus).

202 A.a.O., S. 10.

203 Vgl. z.B. a.a.O. S. 14.

204 A.a.O. S. 18.

205 FDP-"Freiburger Thesen", a.a.O. S. 58 ff.

festgehalten. Freiheiten und Rechte bestehen danach nicht nur als bloß formale Garantien des Bürgers gegenüber dem Staat, sondern als soziale Chancen in der alltäglichen Wirklichkeit der Gesellschaft.[206]

Damit tritt der soziale Liberalismus (auch) "auf dem (Felde) der Gesellschaftspolitik ein für die Ergänzung der bisherigen liberalen Freiheitsrechte und Menschenrechte durch soziale Teilhaberechte und Mitbestimmungsrechte, nicht mehr nur der verfassungsmäßigen Organisation des Staates, sondern an der arbeitsteiligen Organisation der Gesellschaft".[207]

So fordern nach These 1 des Dritten Teils der Freiburger Thesen[208] menschliche Freiheit und persönliche Würde ein Höchstmaß an Selbstverwirklichung im Arbeitsprozeß, d.h. freiheitliche Selbstbestimmung und moderne Produktionsmethoden verlangten eine neue Einschätzung der Stellung der Arbeitnehmer im Betrieb.[209]

Hierdurch kommen Grundprinzipien des sozialen Liberalismus zum Ausdruck, der u.a. "für größtmögliche Freiheit des einzelnen Menschen und Wahrung der menschlichen Würde in jeder gegeben oder sich verändernden politischen und sozialen Situation"[210] und "für die Befreiung der Person aus Unmündigkeit und Abhängigkeit"[211] eintritt und auf geistiger Freiheit, Toleranz und Konkurrenz aufbaut. Hierin eingeschlossen zielt der Liberalismus "im freiheitlichen Sozialstaat zugleich auf die Liberalisierung der Gesellschaft" u.a. durch eine "mittels Grundrechtsverbürgungen und Minderheitenschutz eingeschränkte Herrschaft von Menschen über Menschen in der arbeitsteiligen Organisation der Gesellschaft".[212] Dies führe zur "Gegenwartsaufgabe" im Sinne der klassischen liberalen Theorie, nämlich daß Industrieuntertanen in Industriebürger verwandelt werden müßten.[213]

---

206 A.a.O., S. 58.

207 A.a.O., S. 58 f.

208 A.a.O., S. 93; sie befaßt sich mit der betrieblichen Mitbestimmung.

209 A.a.O., S. 94.

210 A.a.O., S. 59 - These 1 zur Liberalen Gesellschaftspolitik.

211 A.a.O., S. 60 - These 2 zur Liberalen Gesellschaftspolitik.

212 Vgl. S. 62 - These 3 zur Liberalen Gesellschaftspolitik.

213 So die Erläuterungen zur These 3 (vgl. Fn. 212), a.a.O.,

Abgesehen von den sich hieraus ableitenden Forderungen nach einer Demokratisierung der Wirtschaft, ist es nach dem Verständnis der Freiburger Thesen die ständige Aufgabe des klassischen wie des modernen (sozialen) Liberalismus, die Menschenwürde und Selbstbestimmung des einzelnen in Staat und Recht, in Wirtschaft und Gesellschaft gegenüber einer Zerstörung der Person durch die Fremdbestimmung und durch den Anpassungsdruck der politischen und sozialen Institutionen zu behaupten.[214]

Sowohl das Godesberger Programm der SPD als auch die Freiburger Thesen der FDP enthalten keine unmittelbaren Aussagen über die Einbettung des Rechts der beruflichen Rehabilitation in die Arbeits- und Sozialordnung. Beide hier ausschnittweise wiedergegebenen und aktuellen sozialpolitischen Ordnungsvorstellungen gehen allerdings - wie man zusammenfassend feststellen kann - von sozialphilosophischen Bekenntnissen aus, die teilweise übereinstimmen.
Das kommt einmal dadurch zum Ausdruck, daß die SPD den Wandel vom Wirtschaftsuntertan zum Wirtschaftsbürger, die FDP den des Industrieuntertans zum Industriebürger postuliert. Diesen auf die kollektiv-betriebsverfassungsrechtliche Ebene bezogenen und nur in Nuancen voneinander abweichenden Aussagen entspricht es, wenn die Realisierung der Freiheitsrechte eines jeden einzelnen herausgestellt wird. SPD und FDP gehen hier von Zielsetzungen aus, die in einem wohl wesentlichen Punkte übereinstimmen:
Sie fühlen sich dazu verpflichtet, die Selbstbestimmungsfähigkeit und Selbstverwirklichung des einzelnen in allen Bereichen des menschlichen Zusammenlebens und insbesondere in der arbeitsteiligen Organisation der Gesellschaft zu schützen. Dabei halten sie den Staat für verpflichtet (SPD), die für jede Freiheitsrealisierung erforderlichen Voraussetzungen zu schaffen, bzw. geben dem einzelnen über den Bereich klassischer Freiheitsinterpretation hinaus soziale Teilhaberechte an die Hand (FDP). Sie streben somit augenscheinlich das Ziel an,

---

214 A.a.O., S. 59 - These 1 zur Liberalen Gesellschaftspolitik.

im Freiheitsverständnis nicht mehr nur die Abwehrgarantie gegen ungerechtfertigte hoheitliche Eingriffe in die individuelle Freiheit gesichert zu sehen. Vielmehr fühlen sich beide Ordnungsprogramme trotz ihrer unterschiedlichen philosophischen Ausgangspunkte dazu verpflichtet, darüber hinaus die soziale Freiheitsbetätigung des einzelnen zu sichern.
Obwohl diesbezügliche unmittelbare Bezugspunkte zur beruflichen Rehabilitation fehlen, sind sie in den Zielsetzungen mittelbar enthalten: Es dürfte den programmatischen Erklärungen entsprechen, daß auch jene Personen, die aus einem Arbeitsverhältnis z.B. wegen einer körperlichen Behinderung ausscheiden mußten, nunmehr, medizinisch rehabilitiert, im Interesse der für alle Arbeitnehmer postulierten Selbstbestimmungsfähigkeit und Selbstverwirklichung zu schützen und damit möglichst optimal beruflich zu rehabilitieren sind. Entsprechendes muß auch unter dem Gesichtswinkel der Prävention gelten.
Damit werden die gesellschaftliche Rolle und das Integrationsschicksal auch dieses Personenkreises zur Verwirklichung sozialpolitischer Leitvorstellungen angehoben. Wenn auch nicht "beweiskräftige", so doch aber sich aus der Entstehung des RehaAnglG[215] ergebende Zusammenhänge bestätigen diese Leitvorstellungen deutlich.

2. Sozialpolitische Zielsetzung der SPD und FDP in der Funktion einer Konkretisierung des Sozialgestaltungsauftrags

Nach der hier vertretenen Ansicht[216] bilden die herangezogenen sozialpolitischen Programmpunkte der SPD und FDP als die den Gesetzgeber mehrheitlich tragenden politischen Kräfte nunmehr Maßstäbe für eine nähere inhaltliche Umschreibung der Sozialgestaltungspflicht des Gesetzgebers. Sie ist u.a. darauf gerichtet, die gesellschaftliche Rolle und das Integrationsschicksal der medizinisch rehabilitierten und der noch behinderten Stellenbewerber dem besonderen staatlichen Schutz zu unterstellen.

---

215 Vgl. oben Erster Teil 1. Kapitel II 1, S. 10 mit Fn. 3, und VI, S. 19 mit Fn. 38.

216 Vgl. besonders oben III 6 c), S. 128.

Bereits die Existenz des von der SPD und FDP initiierten RehaAnglG zeigt, daß der (einfache) Gesetzgeber auf diesem Teilsektor dem Sozialgestaltungsauftrag weitgehend nachgekommen ist.

Für die vorliegende Untersuchung ist es darüber hinausgehend entscheidend, daß nach Maßgabe der hier vertretenen Auslegung des Sozialstaatsprinzips der beruflichen Rehabilitation des zu schützenden Personenkreises ein verfassungsrechtlicher Rang zukommt:

Die hier[217] im Ergebnis zugrunde gelegte Grundrechtsinterpretation, nämlich Freiheitsbewahrung trotz wirtschaftlich-sozialer Abhängigkeit des Menschen durch Rücksichtnahme auf die Wirklichkeit der Freiheitsbetätigung; Sozialstaatsprinzip als Interpretationsnorm für die Effektuierung der Grundrechte - konkretisiert die generalklauselartig weit gefaßte Freiheitsgarantie gem. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG.

Denn das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gem. Art. 2 I GG gewährleistet als Hauptfreiheitsgrundrecht nach allgemeiner Ansicht einen umfassenden Schutz der individuellen Freiheit. Es bereitet einer konkreten Rechtsanwendung wegen seiner ausfüllungsbedürftigen Begriffe erhebliche Schwierigkeiten. Dies wird dadurch vertieft, daß Art. 2 I GG in engem Zusammenhang mit Art. 1 I GG steht: Während Art. 1 I GG die Würde des Menschen als solche, also dessen Wesenheit schützt, stellt Art. 2 I GG hierzu ergänzend klar, daß im dynamischen Bereich des Menschen seine Würde in der eindeutig tätigkeitsbezogenen, freien Entfaltung der Persönlichkeit, also im Handeln auf allen Lebensgebieten liegt.[218]

Demzufolge führt das sozialstaatlich determinierte Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gem. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG dazu, daß innerhalb des umfassenden Schutzes der individuellen Freiheit ein engerer Schutz der beruflichen Rehabilitation gewährleistet ist: Das Hauptfreiheitsgrundrecht wird mit dem oben entwickelten Inhalt des Sozialstaatsprinzips in

---

217 Vgl. oben Erster Teil 3. Kapitel II 2 c) Zusammenfassung aa), S. 75 f.

218 Vgl. Nipperdey "Persönlichkeit", a.a.O. S. 742 m.w.N.

seiner auf Art. 2 I GG ausstrahlenden Funktion ausgefüllt und insofern konkretisiert.
Dieses als "besonderes Persönlichkeitsrecht auf Rehabilitation" im umfassenden, auch die Prävention betreffenden Sinne[219] zu bezeichnende Freiheitsrecht hat damit seinen verfassungsrechtlichen Standort in Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG.[220] Es ist damit innerhalb der immer wieder auffüllbaren unendlichen Reihe besonderer Persönlichkeitsrechte, an deren Stelle das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I GG) als Urgrundrecht steht,[221] ein wesentlicher Komplex.

3. Exkurs

Das hier entwickelte Ergebnis findet in dem eingangs erwähnten E SGB-AT zum Teil eine Stütze: Nach den Vorstellungen der Bundesregierung soll ein künftiges SGB-AT ein soziales Recht der Behinderten auf Eingliederung enthalten.[222] Nach den bisher abgegebenen Absichtserklärungen ist dieses soziale Recht, wie alle sozialen Rechte gem. §§ 2 - 10 E SGB-AT, funktional ein auf einem Teilbereich konkretisiertes Sozialstaatsprinzip.[223]

Zwar ist ein solches Recht in der Gesetzesfassung nicht der verfassungsrechtlichen Ebene zuzurechnen, und es hat dann offensichtlich lediglich einen programmatischen Aussagegehalt. Hier wird aber ein konkretisierter Sozialgestaltungsauftrag jenseits des kompromißhaften Minimums sozialstaatlicher Zielvorstellungen des Verfassungsgesetzgebers deutlich, praktisch also ein Programmvollzug in der Form eines einfachen Gesetzes. Freilich wird dieses soziale Recht auf Rehabilitation - wie

---

219 Vgl. oben Erster Teil 1. Kapitel III, S. 16, und V, S. 18.

220 "Besonderes Persönlichkeitsrecht" ist hier in verfassungsrechtlicher Hinsicht bewußt untechnisch formuliert. Allgemeines Persönlichkeitsrecht und darin eingeschlossene besondere Persönlichkeitsrechte sind aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG abgeleitet und als "sonstige Rechte" i.S.d. § 823 I BGB entwickelt worden (zu deren funktionsmäßiger Verbindung vgl. Neumann-Duesberg NJW 1957, 1341 ff.).

221 Vgl. Neumann-Duesberg NJW 1957, 1341 ff. (1344).

222 Im E SGB-AT: § 10, vgl. dazu oben Erster Teil 1. Kapitel II 4, S. 14 mit Fn. 19.

223 Vgl. hierzu oben Einleitung I 2 b), S. 3 mit Fn. 10.

vom Gesetzgeber beabsichtigt - einer subsumierenden juristischen Ableitung unmittelbar nicht zugänglich sein - wie dies auch bei fast allen Grundrechten wegen deren generalklauselartiger Fassung nicht möglich ist.
Ein hier so genanntes besonderes Persönlichkeitsrecht auf Rehabilitation im umfassenden Sinne teilt dieses Schicksal zwangsläufig. Dennoch ist mit einem konkretisierten Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) ein bisher offenbar nicht notiertes besonderes Persönlichkeitsrecht auf Rehabilitation in seiner verfassungsrechtlichen Existenz sichtbar gemacht worden. Dabei kann mit dieser Rechtsposition und dem hinter ihr stehenden Grundgedanken die Effizienz der Rechtsstellung eines Bewerbers um einen Arbeitsplatz im Rahmen der beruflichen Rehabilitation eher verstärkt werden, als dies etwa bei dem programmatisch formulierten und generell alle Arbeitnehmer erfassenden Recht auf Arbeit als subjektives öffentliches Recht der Fall sein kann.

Das BVerfG wies auf anderem Gebiet die Existenz eines bis dahin nicht benannt gewesenen verfassungsrechtlich verbindlichen Persönlichkeitsrechts nach:
In dem Urteil zum "Lebach"-Fall[224] befaßte sich das Gericht mit der Verfassungsbeschwerde eines der Beteiligten am Überfall auf Bundeswehrsoldaten in Lebach. Sie war auf Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG gestützt und durch eine drohende Fernsehsendung des Zweiten Deutschen Fernsehens (Verfilmung des Überfalls) ausgelöst: Nach jahrelanger Haft sollte der Beschwerdeführer entlassen werden. Die (wenngleich zufällig) zu diesem Zeitpunkt geplante Sendung bedrohte nach Ansicht des Beschwerdeführers dessen Resozialisierung.
Dem folgte das BVerfG. Es führte aus,[225] die Forderung nach Vorbereitung des Straffälligen auf die Rückkehr in die freie Gemeinschaft und nach Bereitschaft der freien Gemeinschaft,

224 BVerfG NJW 1973, 1226 ff.
225 NJW 1973, 1226 ff. (1231).

den Straffälligen wieder aufzunehmen, entspräche verfassungsrechtlich dem Selbstverständnis einer Gemeinschaft, die die Menschenwürde in den Mittelpunkt ihrer Wertordnung stelle und dem Sozialstaatsprinzip verpflichtet sei. Das Interesse an einer Resozialisierung folge - vom Täter aus gesehen - aus seinem Grundrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG. Von der Gemeinschaft aus betrachtet, verlange das Sozialstaatsprinzip staatliche Vor- und Fürsorge für Gruppen der Gesellschaft, die auf Grund persönlicher Schwäche oder Schuld, Unfähigkeit oder gesellschaftlicher Benachteiligung ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert seien; dazu gehörten auch die Gefangenen und die Entlassenen.
Das BVerfG hob u.a. das vorangegangene Urteil des OLG Koblenz[226] wegen Verfassungswidrigkeit auf. Im Urteil heißt es, das OLG verkenne das Resozialisierungsinteresse, indem es ihm "nicht den ihm aus verfassungsrechtlicher Sicht gebührenden Rang eingeräumt" habe. Es handele sich hier um ein "freilich bisher verfassungsgerichtlich nicht näher" bestimmtes Kriterium.[227]

Abgesehen davon, daß das BVerfG keinen Anlaß dazu hatte, die Beeinflussung des Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG durch das Sozialstaatsprinzip zu beurteilen, umschreibt es damit das, was N e u m a n n - D u e s b e r g[228] konkreter vertreten hat: daß das Interesse des Täters an seiner Resozialisierung als besonderes Persönlichkeitsrecht auf Resozialisierung zu beurteilen sei.
Vergleichbarkeit zwischen diesem und dem Gebiet der Rehabilitation besteht insofern, als die soziale Wiedereingliederung bzw. Eingliederung eines entlassenen ehemaligen Straftäters die berufliche Ein- bzw. Wiedereingliederung zwangsläufig genauso voraussetzt wie die der Behinderten bzw. der medizinisch Rehabilitierten ohne ihren Fähigkeiten angemessene Arbeitsplätze.

---

226 NJW 1973, 251 ff. = JZ 1973, 279 ff. Das OLG wies den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung, mit dem die Ausstrahlung der Sendung zunächst mit Hilfe des eiligen Rechtsschutzverfahrens verhindert werden sollte, zurück.

227 NJW 1973,1226 ff. (1232).

228 JZ 1973, 261 ff. im Anschluß an das Ausgangsverfahren in der "Lebach"-Sache vor dem OLG Koblenz.

4. Ergebnis

a) Für das nächste Arbeitsziel zu prüfen, wie sich das sozialstaatlich interpretierte Grundrecht gem. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG der medizinisch Rehabilitierten und der Behinderten auf das Arbeitsrecht auswirkt, ist damit ein wichtiger Ausgangspunkt gewonnen: Art. 2 I GG schützt i.V.m. Art. 1 I GG den bezeichneten Personenkreis in der freien Entfaltung der Persönlichkeit umfassend und daher auch unter präventiven Gesichtspunkten. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG umfaßt ein hier so genanntes "besonderes Persönlichkeitsrecht auf Rehabilitation" in diesem umfassenden Sinne.

b) Dieser Schutzbereich beinhaltet damit aber noch nicht juristisch funktionsfähige, praktikable Rechtssätze, mit deren Hilfe es sich ausmessen ließe, ob und ggf. nach welchen Kriterien die Abschlußfreiheit der Arbeitgeber gegenüber diesem Personenkreis modifiziert werden muß.
Vielmehr kann die konzentrierte verfassungsrechtliche Lage des zu schützenden Personenkreises nur dann zu funktionsfähigen und praktikablen arbeitsrechtlichen Lösungswegen führen, wenn in der folgenden Prüfung rechtssystematisch notwendige "Stationen" eingehalten werden.

Dritter Teil Arbeitsplatzsicherung zugunsten der medizinisch rehabilitierten und der noch behinderten Stellenbewerber ("Prinzip der Chancenerhöhung")

Vorbemerkung

Der Weg zu dem gerade benannten Arbeitsziel führt systematisch notwendig zunächst zu einer Tatsachenprüfung: In seiner ersten Station muß geprüft werden, inwieweit die Abschlußfreiheit der Arbeitgeber zugunsten der genannten Personen bereits heute gesetzlich beschränkt ist.[1]

Dies ergibt sich aus folgender Überlegung: Zwar liegt es nahe, sogleich vom verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz der medizinisch rehabilitierten und der noch behinderten Personen auszugehen und den Bogen zu der Frage zu schlagen, ob und in welchem Umfange die Abschlußfreiheit der Arbeitgeber zivilrechtlich eingeschränkt werden muß (Drittwirkung).

Würde man den herausgearbeiteten umfassenden Persönlichkeitsschutz der beruflich optimal zu rehabilitierenden Stellenbewerber[2] nun auf die arbeitsrechtliche Abschlußfreiheit der Arbeitgeber anwenden, so würde man sie sogleich mit dem "scharfen Schwert" des Verfassungsrechts ggf. beschneiden. Man ließe dann außer acht, daß möglicherweise bereits einfachgesetzliche Normen die Vertragsfreiheit der Arbeitgeber in irgendeiner Weise berühren könnten und daß hieraus Rückschlüsse auf deren Abschlußfreiheit gegenüber sich bewerbenden Behinderten gezogen werden müßten.

---

1 Vgl. oben Zweiter Teil, 1. Kapitel I, S. 107 f.

2 Vgl. oben Erster Teil, 3. Kapitel II 2 c, cc, S. 77.

Wenn es daher darum geht, wie die Chance dieser Personen zum Abschluß von Arbeitsverträgen auf der Grundlage ihrer bereits untersuchten verfassungsrechtlichen Position beurteilt werden muß, ist zuerst festzuhalten, wie diese Chance gegenwärtig rechtlich ausgestaltet ist.

1. Kapitel Gesetzliche Beschränkung der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber zugunsten der medizinisch Rehabilitierten und der noch Behinderten

I RehaAnglG, RVO, AVG, BVG, RKnG, AFG, BetrVG

Das RehaAnglG legt fest, daß berufsfördernde Leistungen zur Rehabilitation alle Hilfen umfassen sollen, die zur Erhaltung, Besserung, Herstellung und Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit des Behinderten und zur möglichst dauernden beruflichen Wiedereingliederung erforderlich sind (§ 11 I RehaAnglG). Aus dem Katalog mit beispielhaft aufgeführten Maßnahmen zählen zu solchen berufsfördernden Leistungen beispielsweise Hilfen zur Erhaltung und Erlangung eines Arbeitsplatzes, sonstige Hilfen zur Ermöglichung einer angemessenen und geeigneten Erwerbs- oder Berufstätigkeit.[3]

Entsprechende Regelungen enthalten die jeweils neu eingefügten §§ 1237 a RVO, 14 a I AVG, 36 a I RKnG, ferner die geänderten §§ 567 I RVO, 26 BVG, 56 ff. AFG, wobei das Ziel der berufsfördernden Leistungen betont wird, den Betreuten möglichst auf Dauer beruflich einzugliedern.

---

3 Vgl. oben Erster Teil 2. Kapitel I 3, S. 26 f.

Diese Regelungen betreffen die Beziehungen zwischen Bewerbern um einen Arbeitsplatz und Arbeitgebern - etwa durch Beschränkung der Abschlußfreiheit zugunsten der Bewerber - nicht.[4]

Im Betriebsverfassungsrecht ist die berufliche Rehabilitation ebenfalls geregelt. Bezogen auf die Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses zwischen medizinisch Rehabilitierten und noch Behinderten ist hier im wesentlichen § 80 I Ziffer 4 BetrVG bedeutsam.[5] Er begründet die Amtspflicht des Betriebsrats, die Eingliederung Schwerbeschädigter und sonstiger besonders schutzbedürftiger Personen (etwa durch Abschluß freiwilliger Betriebsvereinbarungen) zu fördern.

Indessen ist es zweifelhaft, ob hierin eine wirkliche Chancenerhöhung zugunsten der Arbeitsuchenden liegt, einen Arbeitsplatz zu erhalten. Bedenkt man nämlich die reale Bindung des Betriebsrats an die Interessen der Belegschaft, so werden bei einer fehlenden Interessenlage der Belegschaft, sich für den behinderten Personenkreis einzusetzen, die für die Betriebsratstätigkeit oftmals entscheidenden Impulse ausbleiben. In rechtsprinzipieller Hinsicht begründet § 80 I Ziffer 4 BetrVG (i.V.m. § 20 Satz 1 SchwbG) so lediglich einen programmatischen Arbeitsauftrag, dessen Verwirklichung schließlich vom bereitwilligen Verhalten der Arbeitgeber abhängt (Annahme des Antrags zum Abschluß einer freiwilligen Betriebsvereinbarung über die Einstellung Behinderter gem. § 80 I Ziffer 4 BetrVG).[6]

---

4 Konstanty/Schmidt, SozSich. 1975, 6 ff. (10) meinen, es dürfe nicht übersehen werden, daß die Voraussetzungen für die Realisierung der berufsfördernden Grundsätze insoweit eingeschränkt seien, als eine Eingriffsermächtigung gesetzlicher Art in die Arbeitswelt nur in geringem Umfange (gemeint sind das SchwbG und das BetrVG) gegeben sei. Vgl. hierzu oben Erster Teil 3. Kapitel I, S. 39.

5 So inhaltlich schon § 80 I Ziffer 1 BetrVG, § 20 Satz 1 SchwbG.

6 Hierauf muß, systematisch bedingt, später näher eingegangen werden. Dabei werden weitere (vielleicht "nachrangige") Vorschriften des BetrVG zur beruflichen Rehabilitation - Einstellungssituation - anklingen, die sich mit der Anbahnung von Arbeitsverhältnissen nicht direkt befassen.

II Schwerbehindertengesetz

1. Einstellungsgebot gem. § 4 SchwbG

a) Allgemeines

Nach § 4 SchwbG haben private und öffentliche Arbeitgeber nach den dort näher bezeichneten Voraussetzungen die Pflicht, Schwerbehinderte und die mit ihnen Gleichgestellten zu beschäftigen. Es handelt sich hierbei um ein Einstellungsgebot[7] (Einstellungspflicht[8]; G a m i l l s c h e g [9] bezeichnet dies als Einstellungslast, durch welche die Einstellungsfreiheit des Arbeitgebers - neben anderen Bereichen - beschnitten sei). Es hat auf Grund der Bedeutung des SchwbG insbesondere die Funktion, Rehabilitationsverfahren zu einem erfolgreichen Abschluß zu führen.[10]
Bedeutsam ist, daß das Einstellungsgebot zugunsten Schwerbehinderter und der mit ihnen Gleichgestellten nur besteht, wenn diese infolge ihrer Behinderung in ihrer Erwerbsfähigkeit in bestimmtem Ausmaß[11] gemindert sind.
Für die Prüfung, ob sich die Chance der rehabilitierten bzw. der im Rehabilitationsverfahren behandelten und geförderten Arbeitskräfte zum Abschluß von Arbeitsverträgen auf Grund etwa bestehender rechtlicher Sicherungen erhöht, kommen damit nur diese rehabilitativ behandelten Personen in Frage.
Hiermit ist eine weitere Voraussetzung verbunden, die sich notwendigerweise auf deren Arbeitsfähigkeit bezieht: Die Schwerbehinderten bzw. die mit ihnen Gleichgestellten müssen trotz der Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit i.S.d. § 103 AFG der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stehen. Gemäß § 30 I SchwbG

---

7 Schaub § 32 V 1, S. 104.

8 Hueck/Nipperdey, Lb. Bd. I, § 76 II, S. 767.

9 In der Festschrift für Werner Weber a.a.O. S. 805.

10 Vgl. oben Erster Teil 2. Kapitel I 3, S. 26.

11 Die Erwerbsfähigkeit der Schwerbehinderten muß nicht nur vorübergehend um wenigstens 50 % gemindert sein (§ 1 SchwbG), die der Gleichgestellten wenigstens um 30 %, wobei dieser Behinderungsgrad bewirken muß, daß die Gleichgestellten ohne Hilfe nach dem SchwbG einen geeigneten Arbeitsplatz nicht erlangen oder nicht behalten können (§ 2 I 1 SchwbG).

ist es u.a. Aufgabe der Bundesanstalt für Arbeit, die Arbeitsvermittlung Schwerbehinderter (§ 30 I Ziffer 1) durchzuführen. Die Vermittlung Schwerbehinderter ist - wie jede Arbeitsvermittlung gem. § 13 I AFG - eine Tätigkeit, die u.a. darauf ausgerichtet ist, Arbeitsuchende mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zusammenzuführen. Sie setzt zwangsläufig die Verfügbarkeit der zu vermittelnden Arbeitskraft voraus (§ 103 I AFG):[12] dabei kommt es auf das Verhältnis zwischen "Berufsunfähigkeit" und "Geringfügigkeit" eines noch bestehenden Leistungsvermögens an.
So ist i.S.d. § 103 I AFG nicht verfügbar, wer nur geringfügige Beschäftigungen (§ 102 AFG) ausüben kann oder darf, weil er in seiner Leistungsfähigkeit gemindert und berufsunfähig im Sinne der gesetzlichen Rentenversicherung ist. Dies kann vor allem bei Personen der Fall sein, die in einem Rehabilitationsverfahren gefördert worden sind und die selbst nach dessen Abschluß weiter behindert bleiben. Sind solche Behinderten in ihrer Leistungsfähigkeit gemindert und können sie demzufolge nur noch geringfügige Beschäftigungen annehmen, so sind sie nach der erwähnten Regel dennoch vermittlungsfähig ("verfügbar"), sofern sie noch nicht berufsunfähig sind. Das ist auch dann der Fall, wenn sie zwar berufsunfähig sind, ihr Leistungsvermögen aber mehr als geringfügig ist.
Die Chance zum Abschluß eines Arbeitsvertrages ist somit zugunsten des in dieser Weise begrenzten Personenkreises wegen des gesetzlichen Einstellungsgebotes offensichtlich erhöht.

Hingegen führt der persönliche Geltungsbereich des SchwbG dazu, daß diese dem ersten Anschein nach bestehende Chancenerhöhung nicht für diejenigen Rehabilitierten und noch Behinderten gilt, deren "Behinderungsrest" unter den im SchwbG festgelegten Grenzen liegt. Bezüglich dieses Personenkreises ist die Chance, einen Arbeitsplatz zu erhalten, schon jetzt - was auf der Hand liegt - abgeschwächt.

---

12 Vgl. z.B. Jung/Cramer a.a.O. § 4 Anm. 8; Rewolle SchwbG § 4 Anm. 1/1.

b) § 4 SchwbG als öffentlich-rechtliches Einstellungsgebot

§ 4 I SchwbG enthält allerdings nur ein öffentlich-rechtliches Gebot zur Einstellung, daß sich an dort näher bestimmte Arbeitgeber richtet: Die Arbeitgeber sind auf Grund dieser öffentlich-rechtlichen Verpflichtung nur dem Staat gegenüber gebunden, nicht gegenüber den Schwerbehinderten. Diese können daher gegen Arbeitgeber nicht auf Einstellung klagen.[13] Des weiteren begründet § 4 I SchwbG kein subjektiv-öffentliches Recht der Behinderten gegen den Staat auf Einstellung, sondern nur auf zweckdienliche Bemühungen der Arbeitsverwaltung, ihnen zu einer Arbeit zu verhelfen. Hieraus ergibt sich, daß die unter das SchwbG fallenden Personen einen zivilrechtlichen Anspruch gegen Arbeitgeber auf Grund des Schwerbehindertenrechts nicht haben.

2. Zur Abgrenzung: Pflicht der Arbeitgeber zur tatsächlichen Beschäftigung der Schwerbehinderten gem. § 11 SchwbG

Im Gegensatz zum öffentlich-rechtlichen Einstellungsgebot gem. § 4 SchwbG ist in § 11 die zivilrechtliche Pflicht des Arbeitgebers gegenüber tatsächlich bei ihm tätigen schwerbehinderten Arbeitnehmern verankert, sie auch zu beschäftigen. Diese Pflicht besteht, damit der geschützte Personenkreis seine Fähigkeiten und Kenntnisse voll verwerten und weiterentwickeln kann. Es liegt hiermit eine gesetzliche Ausgestaltung der dem Arbeitgeber obliegenden Fürsorgepflicht vor, welche zudem um die Pflicht zur Förderung des beruflichen Fortkommens gem. § 11 II 2, 3 SchwbG erweitert wurde. Bereits zu der bisherigen, mit § 11 SchwbG vergleichbaren Regelung in § 12 SchwerbeschG ist überwiegend[14] anerkannt worden, daß sie einen klagbaren privatrechtlichen Anspruch für Behinderte enthält, so beschäftigt zu werden, wie es ihren Kenntnissen und Fähigkeiten entspricht.

---

13 Bleistein, DB 1974, S. 1480 ff. (1480); Junc/Cramer SchwbG § 4 Rdnr. 9; Rewolle SchwbG § 4 Anm. II/1; vgl. zum Schwerbeschädigtenrecht Wilrodt/Neumann SchwerbeschG § 3 Rdnr. 8; Hueck/Nipperdey, Lb. Bd. I, § 76 V, S. 770; Nikisch, Lb. Bd. I, § 22 III 1, S. 204.

14 Vgl. Hueck/Nipperdey, Lb. Bd. I, § 76 IX 1, S. 774; Nikisch, Lb. Bd. I, § 38 I 1, S. 513; Wilrodt/Neumann SchwerbeschG § 12 Rdnr. 11 mit umfangreichen Nachweisen.

Dieser Anspruch richtet sich unmittelbar gegen den Arbeitgeber,[15] und zwar während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses. Deswegen trifft diese Beschäftigungspflicht die Pflicht der Arbeitgeber zur Erfüllung der Arbeitsverhältnisse mit Schwerbehinderten. Für die hier zu untersuchende Frage einer zivilrechtlichen Pflicht der Arbeitgeber zur Begründung von Arbeitsverhältnissen mit Behinderten enthält das SchwbG damit keine Bestimmung, die etwa mit § 11 II SchwbG auf dessen Gebiet vergleichbar wäre. Die begriffliche Trennung zwischen Einstellungsgebot und Beschäftigungspflicht kennzeichnet den wesentlichen Unterschied zwischen beiden Rechtsnormen (§§ 4 I, 11 II SchwbG).[16] § 11 II SchwbG scheidet als Steuerungsmittel für die Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses mit Rehabilitierten und Behinderten von vornherein aus.

3. Zum Vergleich: Zwangseinstellungsverfahren gem. § 10 SchwerbeschG

Das früher geltende SchwerbeschG sah neben der öffentlichrechtlichen Einstellungspflicht (§ 3) und der zivilrechtlichen Beschäftigungspflicht (§ 12) die Möglichkeit einer Zwangseinstellung als ultima ratio vor (§ 10). Unter näheren Voraussetzungen konnte das Landesarbeitsamt mit einem privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt Arbeitsverhältnisse zwischen Schwerbeschädigten und abschlußunwilligen Arbeitgebern zustande bringen; der Arbeitsvertrag als Grundlage der Arbeitsverhältnisse fehlte zwar, galt aber kraft gesetzlicher Fiktion (§ 10 II 2) mit Zustellung des Beschlusses der Arbeitsbehörde als abgeschlossen.

---

15 Einen solchen Anspruch i.S. eines relativen, nach verschiedentlich vertretener Ansicht sogar durch § 823 I BGB absolut geschützten Rechts auf tatsächliche Beschäftigung (Recht am Arbeitsplatz) haben Arbeitnehmer gegenüber Arbeitgebern nach weit verbreiterter Ansicht allgemein, vgl. z.B. Hueck/Nipperdey, Lb. Bd. II/2, § 49 II 2, S. 995 f.; Nikisch, Lb. Bd. I, § 38 I 2, S. 513 f.; Söllner, Lb. § 28 III 4, S. 210 f. Jeweils m.w.N.

16 Bleistein, DB 1974, S. 1480 ff. (1480); vgl. BAG AP Nr. 1 und 3 zu § 12 SchwerbeschG = DB 1962, 1083; DB 1964, 1779; Rewolle spricht in beiden Fällen von "Beschäftigungspflicht", vgl. § 4 SchwbG Anm. II 1, § 11 SchwbG Anm. III 2.

Abgesehen davon, daß das jetzt geltende SchwbG die Möglichkeit einer zwangsweisen Begründung von Arbeitsverhältnissen nicht enthält,[17] ließen sich auch aus jenem Rechtsinstitut - seine Existenz einmal unterstellt - zivilrechtliche Ansprüche der Behinderten auf Einstellung gegen Arbeitgeber bereits von seinem Wortlaut her nicht begründen:
Ein Zwangseinstellungs-Verfahren konnte nur das Landesarbeitsamt auf Vorschlag des Arbeitsamts oder der Hauptfürsorgestelle einleiten und durchführen. Wenn Wilrodt/Neumann ausführen,[18] der Arbeitgeber stehe "unter dem Zwang, einen Vertrag abzuschließen (Kontrahierungszwang)", so ist "Kontrahierungszwang" für die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und schwerbeschädigten Stellenbewerbern offensichtlich in untechnischem Sinne gemeint. Individualrechtliche Ansprüche der Schwerbeschädigten gegen Arbeitgeber bestanden nicht, "Kontrahierungszwang" ist nur als Ausdruck der tatsächlichen Situation verstehbar, in der sich ein Arbeitgeber angesichts eines ihm drohenden Zwangseinstellungs-Verfahrens befand.
Nach allgemeiner Ansicht[19] beinhaltete § 10 SchwerbeschG auch keinen Anspruch im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts der Schwerbeschädigten gegen den Staat, durch Zwangseinstellung einen Arbeitsplatz zu erhalten. Aus § 10 SchwerbeschG ließ sich lediglich das Recht des einzelnen gegenüber der zuständigen Arbeitsverwaltung herleiten, das ihr bezüglich der Einleitung und Durchführung des Zwangseinstellungsverfahrens eingeräumte Ermessen fehlerfrei auszuüben.

---

17 Nach der im Gesetzgebungsverfahren einmütig gebilligten Ansicht wurde auf die Möglichkeit der Zwangseinstellung verzichtet, weil § 10 SchwerbeschG in der Vergangenheit keine praktische Bedeutung erlangt habe; vgl. BT-Drucks. 7/656 zu Nr. 12 (Begründung des E des SchwbG durch die Bundesregierung), S. 29.

18 § 10 SchwerbeschG, Rdnr. 18.

19 Vgl. Becker, SchwerbeschG § 10 Rdnr. 1; Wilrodt/Neumann, SchwerbeschG § 10 Rdnr. 5 m.w.N.

4. Wiedereinstellungspflicht der Arbeitgeber gem. § 18 VII SchwbG

Für eine Bestandsaufnahme gesetzlicher Beschränkungen der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber zugunsten der medizinisch Rehabilitierten und noch Behinderten kommt auf den ersten Blick auch § 18 VII SchwbG in Betracht. Danach haben Schwerbehinderte und die ihnen Gleichgestellten, denen lediglich aus Anlaß eines Streiks oder einer Aussperrung fristlos gekündigt worden ist, einen Anspruch gegen ihren (früheren) Arbeitgeber auf Wiedereinstellung nach Beendigung der Arbeitskampfmaßnahme.

§ 18 VII SchwbG steht vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung des BAG zum Arbeitskampfrecht.[20] Der rechtmäßige Streik wirkt sich danach auf Arbeitsverhältnisse immer suspendierend aus; die rechtmäßige Aussperrung hat diese Wirkung grundsätzlich, lösend wirkt sie ausnahmsweise und nur unter erschwerten Voraussetzungen, die - wie das gesamte Arbeitskampfrecht - unter dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beurteilen sind.

Nach Ansicht des BAG (GS)[21] gebietet dieses Prinzip, daß u.a. für Schwerbeschädigte der gesetzlich gewährte Bestandsschutz ihrer Arbeitsverhältnisse immer Vorrang hat. Daher können ihnen gegenüber rechtmäßige Aussperrungen in jedem Falle nur mit suspendierender Wirkung[22] ausgesprochen werden, wobei es gleichgültig ist, ob es sich um eine Angriffsaussperrung oder um eine Reaktion des Arbeitgebers auf einen Streik (Abwehraussperrung) handelt.[23] Eine Wiedereinstellungspflicht besteht

---

20 Seit dem Beschluß des Großen Senats vom 21.4.1971, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf" = NJW 1971, 1668 ff.

21 A.a.O. Sie wird hier nur unkritisch wiedergegeben, soweit sie für § 18 VII SchwbG beachtlich ist.

22 Vgl. z.B. Müller, RdA 1971, 321 ff. (326); Richardi, RdA 1971, 334 ff. (344).

23 Dabei ist es wiederum gleichgültig, ob die Abwehraussperrung Antwort auf einen rechtmäßigen oder rechtswidrigen Streik (einschl. des sog. wilden Streiks) ist.

in diesen Fällen von vornherein nicht, weil solche Aussperrungen den Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht berühren. Die Schutzfunktion des § 18 VII SchwbG wirkt sich nach der Rechtsprechung daher nur noch bei fristlosen Kündigungen aus, die aus Anlaß eines Streiks ausgesprochen sind. Hingegen ist § 18 VII SchwbG für alle übrigen Fälle bedeutungslos;[24] diese Alternative hat die Rechtsprechung des BAG überwunden.[25]

Der nach Maßgabe der Rechtsprechung verbliebene Schutz gem. § 18 VII SchwbG betrifft somit nur noch fristlose Kündigungen aus Anlaß eines rechtswidrigen Streiks[26] - sollte ein Streik rechtmäßig sein, so wäre eine fristlose Kündigung unzulässig, weil der legitime Streik die Arbeitsverhältnisse lediglich suspendierte. § 18 VII SchwbG begründet für den genannten Personenkreis einen individualrechtlichen, notfalls klageweise verfolgbaren Wiedereinstellungsanspruch.[27] Ihm entspricht somit ein Kontrahierungszwang auf seiten der Arbeitgeber. Hingegen sind Schwerbehinderte, die z.B. aus Anlaß eines legalen Streiks über die bloße Teilnahme an ihm hinausgegangen sind,[28] nicht geschützt: Verursachen sie insofern einen eigenständigen Grund zur fristlosen Kündigung, so erfolgt diese

---

24 Deswegen kann auch die diesbezügliche mißverständliche Formulierung in § 18 VII SchwbG dahinstehen: Aussperrung ist, sofern sie lösend wirkt, ein Lösungstatbestand eigener Art. Das ist auch die fristlose Kündigung. Deswegen bedarf es bei einer lösenden Aussperrung nicht zusätzlich der fristlosen Kündigung. Denn wenn bereits die lösende Aussperrung das Arbeitsverhältnis beendet, könnte eine "aus Anlaß einer Aussperrung" ausgesprochene Kündigung nicht auch noch als Lösungstatbestand wirken.

25 So ausdrücklich Wilrodt/Neumann, § 19 V SchwerbeschG, Rdnr. 45; Rewolle SchwbG § 12 Anm. IV 6 (am Ende), mißverständlich dagegen in Anm. IV 7 zu § 12 SchwbG, wo eine lösende Aussperrung bejaht wird; vgl. auch Schaub § 194 III 2, S. 796.

26 Jung/Cramer SchwbG § 18 Rdnr. 8.

27 Jung/Cramer SchwbG § 18 Rdnr. 8; Rewolle SchwbG § 12 Anm. IV 7, § 18 Anm. IV; Schaub § 179 IV 4, S. 740; Wilrodt/Neumann SchwerbeschG § 19 Rdnr. 47.

28 Sie zerstören z.B. Maschinen im Betrieb.

nicht "lediglich aus Anlaß eines Streiks".[29] Dieser Wiedereinstellungsanspruch gem. § 18 VII SchwbG beruht auf einer Vorstellung des Gesetzgebers, die an die besondere Situation des Arbeitskampfes anknüpft: Durch die Garantie der Wiederbeschäftigung sogar nach Teilnahme an illegalen Streiks soll es den geschützten Personen ermöglicht werden, während des Arbeitskampfes die Solidarität der Arbeitnehmer zu wahren.[30] Bei solchen Arbeitskämpfen könnten sie sonst in einen unvermeidlichen Konflikt zwischen ihrem Solidaritätsgefühl gegenüber den Arbeitskollegen und ihrem Interesse an der Erhaltung der Arbeitsplätze geraten. Es ist denkbar, daß sie in diesem Falle ihr Interesse an der Erhaltung der Arbeitsplätze vorziehen und sich folglich etwa zu Streikbrecherdiensten bereit erklären könnten.
Demzufolge wirkt sich der Schutz gem. § 18 VII SchwbG zwangsläufig auf die Sicherheit der Arbeitsplätze der begünstigten Personen aus. Vorrangig besteht er jedoch nicht um dieses Zieles willen. Er besteht vielmehr, um es diesen Personen zu ermöglichen, sich bei Streiks, frei von der Gefahr materiell ungewisser Entwicklungen, zu solidarisieren. Das ergibt sich auch daraus, daß die fristlose Kündigung wegen Teilnahme an einem rechtswidrigen Streik insofern einem eingeschränkten Kündigungsschutz unterliegt, als das pflichtgemäße Ermessen der Hauptfürsorgestelle bei der Erteilung der Zustimmung eingeschränkt ist (§ 18 IV SchwbG). Es ist dies die Negativfunktion des SchwbG in den Fällen, in denen sich Behinderte an Arbeitskämpfen beteiligen und deren Arbeitsverhältnisse lediglich wegen der Beteiligung daran beendet werden.
Weil die besondere Situation einer Arbeitskampfmaßnahme der Schutzrichtung des § 18 VII SchwbG in dieser deutlichen Weise zugrunde liegt, erscheint es nicht möglich, diesen Gedanken für die eingangs angestellte Überlegung heranzuziehen: ob und

---

29 Siehe Text des § 18 VII SchwbG; vgl. Rewolle SchwbG § 18 Anm. IV; Schaub § 179 IV 4, S. 740; Wilrodt/Neumann SchwerbeschG § 19 Rdnr. 42 und 48.

30 Vgl. Rewolle SchwbG § 18 Anm. IV; Wilrodt/Neumann in Rdnr. 42 zum gleichlautenden § 19 V SchwerbeschG.

in welcher Weise das heute geltende Recht bereits den Schutz der Arbeitsplätze von Rehabilitierten und Behinderten durch Beschränkung der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber bereithält.

III Ergebnis

Die Durchsicht zeigt, daß öffentlich-rechtliche Schutzvorschriften zugunsten Behinderter mit einer Mindesteinschränkung ihrer Erwerbsfähigkeit bestehen. Dieser Schutz richtet sich auf die berufliche Rehabilitation und beinhaltet teilweise Hilfen zur Ermöglichung einer angemessenen und geeigneten Erwerbs- oder Berufstätigkeit.[31] Der öffentlich-rechtliche Schutz der Behinderten ist ferner im Schwerbehindertenrecht verankert,[32] wobei dort die Einstellungspflicht der Arbeitgeber gegenüber dem Staat hervorzuheben ist. Zivilrechtlich hält nur § 18 VII SchwbG einen Wiedereinstellungsanspruch für Schwerbehinderte und die mit ihnen Gleichgestellten bereit; er ist auf die besondere Situation eines Arbeitskampfes zurückzuführen.
Im übrigen gesetzlich geregelten Arbeits- und Sozialrecht gibt es einen weiteren gerichtlich durchsetzbaren Einstellungsanspruch der Behinderten unmittelbar nicht, so daß die Chance solcher Stellenbewerber durch einfachgesetzliche Normen generell nicht verstärkt ausgebaut ist.

IV Fortsetzung des Prüfungsweges

Es fragt sich daher, ob der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz der medizinisch rehabilitierten und der noch behinderten Arbeitsuchenden - auf das Vorfeld des Arbeitsvertragsschlusses ausstrahlend - zu einer Chancenerhöhung führt. Sie bestünde, wenn dieses "besondere Persönlichkeitsrecht auf Rehabilitation" die Vertragsfreiheit (Abschlußfreiheit) der Arbeitgeber modifizierte.

---

31 Siehe oben 1, Kapitel I, S. 140 f.
32 Siehe oben 1. Kapitel II, S. 142 ff.

Damit geht es um die Drittwirkung des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes im Bereich des § 305 BGB (zivilrechtliche Vertragsfreiheit).
Zwar könnte dem entgegengehalten werden, ein Ergebnis sei bereits dadurch erzielbar, daß man den sozialstaatlich determinierten Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmer gem. Art. 2 I i.V.m. 1 I GG dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit der Arbeitgeber gem. Art. 2 I GG entgegensetzte: das "besondere Persönlichkeitsrecht" auf Rehabilitation und Prävention gem. Art. 2 I i.V.m. 1 I GG könnte in seiner Schrankenfunktion die Vertragsfreiheit der Arbeitgeber verfassungsrechtlich modifizieren.

Indessen würde eine solche Abwägung zweier Rechtspositionen ausschließlich auf der Verfassungsebene auf Bedenken stoßen:

Einmal müßte hierbei u.a. auch berücksichtigt werden, in welcher Weise im Arbeitsrecht Grundsätze entwickelt worden sind, die die Modifizierung der Vertragsfreiheit (Abschlußfreiheit) der Arbeitgeber betreffen. Hier stünde man vor der Schwierigkeit, arbeitsrechtliche Grundsätze und Ergebnisse für eine verfassungsrechtliche Güterabwägung auf die Verfassungsebene zu transponieren. Zwar gewährleistet Art. 2 I GG die Vertragsfreiheit der Arbeitgeber als Teil ihres Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, wirksam wird die Vertragsfreiheit aber nur auf der "einfachgesetzlichen" oder "einfachrechtlichen" Ebene des Arbeitsrechts.
Daher wäre mit einer verfassungsrechtlichen Güterabwägung für die praktische, arbeitsrechtlich zu beurteilende Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses wegen Fehlens sichtbarer Verbindungslinien nur wenig gewonnen.
Zudem würde das Arbeitsrecht bei einem solchen Verfahren die Güterabwägung auf der Verfassungsebene beeinflussen, während es die Aufgabe des Verfassungsrechts als höchstrangigem Recht ist, das Arbeitsrecht zu gestalten bzw. mitzugestalten.

Hinzu kommt ein weiteres: Bei einer verfassungsrechtlichen Abwägung zwischen den Freiheiten der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer würde man den spezifischen Gehalt sozialstaatlich interpretierter Grundrechte nicht offenlegen und sich auswirken lassen können, der sich erst aus ihrer Drittwirkung ergibt.
Die bisherigen Erörterungen determinierten das staatsgerichtete Grundrecht gem. Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG sozialstaatlich (Horizontalwirkung). Damit steht aber noch nicht fest, in welcher Weise es sich auf den Zivilrechtsverkehr (Abschlußsituation) auswirkt (Vertikalwirkung). Weder seine Eignung zur Drittwirkung noch die bloße Feststellung, das "besondere Persönlichkeitsrecht" auf Rehabilitation und Prävention (Art. 2 I GG) wirke im Arbeitsrecht, sagen etwas über das "Wie" aus.

Bei diesem letztgenannten Bedenken geht es damit um die privatrechtsgestaltende Wirkungsweise des Sozialstaatsgrundsatzes, "durch das Grundrecht gem. Art. 2 I GG hindurch" vermittelt. Dieses spezifische Element des Sozialstaatsprinzips konnte in der innerverfassungsrechtlichen Interpretation des Art. 2 I GG noch keine Rolle spielen. Es würde daher - jedenfalls im speziellen Bereich sozialstaatlich interpretierter Grundrechte und ihrer Geltung im Privatrecht (Arbeitsrecht) - nicht aktiviert werden können, wollte man die zivilrechtliche Abschlußfreiheit der Arbeitgeber lediglich mit der verfassungsrechtlichen Funktion: Schutzbereich des Grundrechts gem. Art. 2 I GG und es begrenzende Schrankentrias - ausmessen.

Deswegen muß sich die Frage darauf konzentrieren, in welcher Weise die verfassungsrechtliche, sozialstaatlich determinierte Position der Arbeitnehmer im thematischen Bereich der beruflichen Rehabilitation privatrechtsgerichtet ist.

Die Frage stellt sich auch angesichts bzw. gerade wegen des Einstellungsgebots gem. § 4 I SchwbG.
Dieses öffentlich-rechtliche Gebot berührt eine systematische Durchsicht des Arbeits- und Sozialrechts nicht, mit der festgestellt werden soll, ob es etwa in der Parallele Anhaltspunkte für eine privatrechtlich beschränkte Abschlußfreiheit schon heute gibt und ob diese für die hier zu erörternde Sicherung der Arbeitsplätze in der beruflichen Rehabilitation herangezogen werden können. Eine solche systematische Prüfung kann auch zu einem Ziel führen, das praktisch verwertbar ist und nicht nur in der Theorie und um seiner selbst willen besteht: Die komplizierten und raumgreifenden Überlegungen zur Kodifizierung des Arbeitsrechts schließen u.a. die Modifizierung der arbeitsrechtlichen Abschlußfreiheit der Arbeitgeber ein.[33] Deswegen ist die Abschlußfrage jedenfalls aus der Sicht der noch nicht voll rehabilitierten und der noch behinderten Arbeitsuchenden aktuell bedeutsam - was das gesetzgeberische Vorhaben und was die reale Chancenerhöhung (ggf. sogar durch einen entsprechenden Gesetzestext) betrifft.
Es ist allerdings offen, ob der Gesetzgeber im Zuge der Kodifizierung des Arbeitsrechts die Frage des Arbeitsvertragsschlusses durch die genannten Personen lösen oder dies generell auf alle Arbeitnehmer beziehen wird. Die vorliegende Untersuchung muß sich von der Themenstellung her darauf beschränken, aus der Sicht des Rechts der beruflichen Rehabilitation hierzu beizutragen.
Abgesehen hiervon, schlössen sich die erwähnte öffentlich-rechtliche Pflicht der Arbeitgeber gegenüber dem Staat (§ 4 I SchwbG) und eine etwa gleichzeitig bestehende privatrechtliche Einstellungspflicht gegenüber medizinisch Rehabilitierten und Behinderten auch in rechtssystematischer Hinsicht nicht aus.
Vielmehr muß man "gerade wegen" des § 4 I SchwbG nach der Chancenerhöhung bei Einstellungssituationen fragen: Angesichts

---

33 Vgl. oben Einleitung I 2 a, S. 2 f.; 2 c, S. 4 ff.

des herausgearbeiteten Wesenskerns der beruflichen Rehabilitation und deren auf alle Personen final bezogenen Aufgabenstellung[34] ist es notwendig, die für jede zu schützende und zu fördernde Person bestehenden Einstellungschancen rechtlich auszumessen. § 4 I SchwbG hält einen in diese Richtung weisenden und - wie gezeigt - andersgearteten Schutz nur für diejenigen Behinderten bereit, die jene Grenzwerte der Erwerbsminderung erfüllen. Damit ist von diesem Standpunkt aus der persönliche Geltungsbereich des SchwbG zu eng.
Demnach wird der weitere Prüfungsweg zur Drittwirkung des sozialstaatlich interpretierten verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes im arbeitsrechtlichen Vorfeld der Vertragsanbahnung durch § 4 I SchwbG nicht blockiert.

Methodologisch entspricht diese Untersuchung dem Verfahren einer gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung durch das Gericht (sog. Rechtsfortbildung über den Plan des Gesetzes hinaus).[35]
Sie kennzeichnet sich im wesentlichen dadurch, daß sie sich nicht mehr an der immanenten Teleologie des (geschriebenen) Gesetzes selbst orientiert - wie das z.B. bei Analogien der Fall ist, welche zu einer bloßen Lückenausfüllung, zur Behebung einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes, herangezogen werden; vielmehr ist sie an darüber hinausgreifenden Rechtsgedanken orientiert. Es ist selbstverständlich, daß sich eine derartige Rechtsfortbildung im Einklang mit der Rechtsordnung, mit der verfassungsmäßigen Wertordnung - wie L a r e n z [36] deutlich sagt - befinden muß, "ja erst durch diese Übereinstimmung gerechtfertigt werden kann".
Da sich die vorliegende Untersuchung auf die Prinzipien der Vertragsfreiheit und das Sozialstaatsprinzip in seiner Ausstrahlung auf Grundrechte richtet (Grundprinzip), charakterisiert sich das Untersuchungsziel - nunmehr methodologisch genauer - als "gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung mit

---

34 Vgl. oben Erster Teil 1. Kapitel VI, S. 19 f.; 2. Kapitel III, S. 34 f.

35 Vgl. hierzu Larenz, Methodenlehre a.a.O. S. 402 ff.

36 Methodenlehre a.a.O. S. 402.

Rücksicht auf rechtsethische Prinzipien". Das Prinzip der Vertragsfreiheit mit dem an sich vorausgesetzten idealtypischen Mechanismus insbesondere der Selbstbestimmungsfähigkeit der Parteien; das Sozialstaatsprinzip; die mit einem hohen verfassungsmäßigen Rang anerkannten Schutzwerte der menschlichen Persönlichkeit und deren besondere Einzelausformungen in den Art. 1 I, 2 I GG (zu denen auch das besondere Persönlichkeitsrecht auf Rehabilitation gehört) sind solche rechtsethischen Prinzipien.

Dabei geht es darum, wie diese ethischen Wertsätze auf die zivilrechtliche Vertragsfreiheit des BGB einwirken. Ihr Charakter baut idealiter auf der existierenden freien Selbstbestimmungsfähigkeit der Verhandelnden auf, findet tatsächlich aber eine solche Bedingung nicht mehr vor, jedenfalls nicht im Arbeitsrecht. Es geht also darum, ob die bewerteten rechtsethischen Prinzipien das gesetzgeberische Konzept (BGB) der Vertragsfreiheit dadurch zu übersteigen vermögen, daß sie auf sie modifizierend einwirken:[37] Dieses Verfahren muß sich darauf

---

37 Zwei wichtige Beispiele für eine solche gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung im Hinblick auf rechtsethische Maßstäbe nennt Larenz, Methodenlehre a.a.O. S. 416 f.:
Einmal die von der Rechtsprechung in wachsendem Umfange geübte Inhaltskontrolle der allgemeinen Geschäftsbedingungen (a.a.O. S. 417). Ziel dieser Entwicklung ist die Einschränkung einer nur formal verstandenen Vertragsfreiheit (Grundprinzip) zugunsten eines Mindestmaßes an materialer Vertragsgerechtigkeit. Die Einschränkung ist dadurch gerechtfertigt, daß die Vertragsfreiheit als rechtsethisches Prinzip und damit die Privatautonomie nur solange gerechtfertigt sind, als beide Vertragspartner in der Lage sind, ihre Interessen beim Vertragsschluß autonom wahrzunehmen.
Das weitere Beispiel betrifft die Konstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als "sonstiges Recht" i.S.d. § 823 I BGB (Larenz a.a.O. S. 416). Die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung durch generalklauselartige Festlegung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im sonst konkret gefaßten Katalog deliktischer Tatbestände des § 823 BGB rechtfertige sich aus übergeordneten Wertprinzipien: Der von der Verfassung anerkannte hohe ethische Rang der menschlichen Persönlichkeit sowie die Schwäche der gesetzlichen Einzelbestimmungen (z.B. Schutz der Ehre gem. §§ 185 ff. StGB; Namensrecht gem. § 12 BGB), die allein den verfassungsrechtlich angezeigten Schutzauftrag nicht genügend zu erfüllen vermochten, führten zum deliktsrechtlichen Schutz gem. § 823 I BGB.

konzentrieren, ob das besondere Persönlichkeitsrecht auf Rehabilitation gem. Art. 2 I GG, das für den möglichst zu erreichenden vollen Eingliederungseffekt allein nicht wirksam ist, durch arbeitsrechtliche Beschränkung der formellen Abschlußfreiheit realisierbar ist. Sofern man dies bejahen sollte, würde die zivilrechtliche Abschlußfreiheit, abweichend von ihrer bürgerlich-rechtlichen Konzeption, eingeschränkt werden.
Dieser Methode steht nicht entgegen, daß zuvor die Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht[38] generell und die verfassungsrechtliche Verankerung des besonderen Persönlichkeitsrechts auf Rehabilitation bejaht wurden.

Die materiell-rechtliche, "grundrechtstreue" Gestalt arbeitsrechtlicher Normen, herausgearbeitet auf Grund der Drittwirkung eines Grundrechts, ist in jedem Einzelfall das Ergebnis des methodisch richtigen Verfahrens der Rechtsauslegung, gesetzesimmanenten oder gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung. Die grundrechtstreue Gestalt arbeitsrechtlicher Normen ist somit der materiell-rechtlichen Ebene zuzurechnen. Rechts- bzw. Gesetzesauslegung, gesetzesimmanente und gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung sind diesem materiell-rechtlichen Ergebnis auf der Verfahrensstufe vorgeschaltet.
Die Trennung dieser beiden unterschiedlichen Ebenen kommt insbesondere bei der Entwicklung des absolut geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. § 823 I BGB deutlich zum Ausdruck.[39] Aus diesen methodologischen Erwägungen ergibt sich, daß auch die Vertragsfreiheit kein fest umrissenes, auf Einzelfälle anwendbares Prinzip ist, sondern in Regeln umgesetzt werden muß, die eine Entscheidung ermöglichen: Diese Regeln sind "richtunggebende Maßstäbe rechtlicher Normierung, die vermöge ihrer eigenen Überzeugungskraft rechtliche Entscheidungen zu rechtfertigen vermögen... Sie können (wegen ihres materialen Gerechtigkeitsgehaltes) als besondere Aus-

---

38 Siehe oben Erster Teil 3. Kapitel II 1 d, S. 60 ff.

39 Vgl. hierzu einerseits Hubmann, S. 110 ff., der es unter der materiell-rechtlichen Sicht der Drittwirkung der Grundrechte behandelt, andererseits Larenz, Methodenlehre a.a.O. S. 416, der das allgemeine Persönlichkeitsrecht unter dem methodologischen Prinzip der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung im Hinblick auf den umfassenden ethischen Schutz der Persönlichkeit beurteilt.

prägungen, Spezifikationen der Rechtsidee verstanden werden, so wie diese sich dem allgemeinen Rechtsbewußtsein auf dieser historischen Entwicklungsstufe darstellt".[40] Die Umsetzung dieses Prinzips in Regeln mittels der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung kommt in der folgenden Untersuchung in Betracht, sofern das (nicht kodifizierte) Arbeitsrecht und das Sozialrecht weder die Möglichkeit einer einfachen Gesetzes- bzw. Rechtsauslegung noch die einer gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung bieten.

Um diesen Weg gehen zu können, erscheint folgendes erforderlich: Es muß zunächst unter einem rechtssystematischen Aspekt überlegt werden, inwieweit es im Arbeitsrecht allgemein zulässig ist, eine gegenüber dem Zivilrecht oder - enger - dem bürgerlichen Recht modifizierte Abschlußfreiheit anzuerkennen. Daher klingt eingangs die rechtssystematische Einordnung des Arbeitsrechts in die Rechtsordnung an. Dies steht unter dem Stichwort "These von der Eigenständigkeit des Arbeitsrechts". Gleichzeitig wird diese Überlegung auf die hier zur Diskussion gestellte besondere Zulässigkeit einer modifizierten Abschlußfreiheit der Arbeitgeber gegenüber medizinisch Rehabilitierten und Behinderten konzentriert.
Der so für die Untersuchung einer gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung vorbereitete Weg muß dann durch eine weitere Erwägung abgesteckt werden: Es kommt darauf an, wie sich die arbeitsrechtliche Abschlußfreiheit in ihrem rechtlichen Befund gegenwärtig abzeichnet. Zu diesem Zweck ist zu prüfen, ob sie bereits aus anderen Grundsätzen, die generell aus dem Privatrecht mit Ausnahme des Arbeitsrechts herrühren, eingeschränkt werden muß. Dem wird sodann gegenübergestellt, welche tatsächlichen Einschränkungen heute bereits arbeitsrechtlich anerkannt sind.

Schließlich ist es erforderlich, auch Meinungen in der Literatur aufzuzeichnen, die sich mit diesem Komplex befassen.[41]

---

40 Larenz, Methodenlehre a.a.O. S. 410.

41 Siehe unten zweites Kapitel, zweiter Abschnitt, fünfter Unterabschnitt.

2. Kapitel Zulässigkeit einer Modifizierung der zivilrechtlichen Abschlußfreiheit der Arbeitgeber im Arbeitsrecht

I Allgemeine Zulässigkeit einer Modifizierung der zivilrechtlichen Abschlußfreiheit

Die rechtssystematische Einordnung des Arbeitsrechts in die Rechtsordnung ist bei rechtsfortbildenden Überlegungen aus folgendem Grunde beachtlich: Sieht man das Arbeitsrecht als Bestandteil des bürgerlichen Rechts oder - weiter gezogen - des Privatrechts, dann ist es an die im BGB oder im Privatrecht geltenden Rechtsgrundsätze und deren Lockerungen gebunden.
Hält man das Arbeitsrecht dagegen für ein selbständiges Rechtsgebiet in dem Sinne, daß es von Rechtsgrundsätzen des bürgerlichen Rechts oder des Privatrechts weitgehend unabhängig ist, so ist der Schluß auf eigenständige, vielleicht nur im Arbeitsrecht geltende Institute erleichtert.
Demnach kommt es hierauf auch dann an, wenn es um die Vertragsfreiheit (Abschlußfreiheit) der Arbeitgeber im Arbeitsrecht geht.
Allerdings ist damit noch nicht entschieden, welche Rangstelle der rechtssystematischen Position des Arbeitsrechts bei rechtsfortbildenden Überlegungen beizumessen ist. Der Wert dieser Rangstelle ist für solche Überlegungen aber wichtig: hält man ihn für bedeutsam, so nimmt er auf die Prüfung einen entscheidenden Einfluß, anderenfalls einen vielleicht nur peripheren. Ein geraffter Überblick über Standpunkte zur 'These von der Eigenständigkeit des Arbeitsrechts' ist dazu geeignet, die erforderliche Einschätzung dieses Stellenwertes zu vermitteln.

1. These von der Eigenständigkeit des Arbeitsrechts

Allgemein betrachtet, ist dogmatischer Ausgangspunkt dieser These der Versuch, rechtsgrundsätzliche Abweichungen des Arbeitsrechts vom Zivilrecht zu erklären. So stellte z.B. eine im Arbeitsrecht beschränkte Vertragsfreiheit (Abschluß- und Gestaltungsfreiheit) eine Ausnahme von der im Zivilrecht all-

gemein nicht beschränkten Vertragsfreiheit dar.
Daher wird die These von der Eigenständigkeit des Arbeitsrechts,[42] auch unter dem Stichwort 'Emanzipation des Arbeitsrechts vom Zivilrecht bzw. vom bürgerlichen Recht',[43] vornehmlich im Zusammenhang gerade mit solchen rechtsgrundsätzlichen Abweichungen diskutiert. Mit ihr soll nachgewiesen werden, daß die Grundsätze der allgemeinen Privatrechtsordnung im Arbeitsrecht generell nicht gelten - sofern man der Ansicht ist, daß das Arbeitsrecht nicht nur außerhalb des bürgerlichen Rechts, sondern außerhalb des gesamten Privatrechts steht - oder nur unter Voraussetzungen wirksam sind - sofern man eine Einheit von Privatrecht und Arbeitsrecht, nicht aber von Arbeitsrecht und bürgerlichem Recht sieht -.

2. Ansichten zur These von der Eigenständigkeit des Arbeitsrechts

Zur rechtssystematischen Stellung des Arbeitsrechts in der Rechtsordnung bestehen verschiedene Ansichten. Sie lassen sich an Hand dies besonders deutlich kennzeichnender Stellungnahmen einzelner Autoren zu "typischen" Meinungsgruppen zusammenfassen.

a) Schnorr von Carolsfeld

Der Autor[44] tritt für die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts[45] ein. Es sei "nur den allgemeinen Grundgedanken unserer Rechtsordnung und der Gerechtigkeit überhaupt unterworfen", vorbehaltlich der analogen Anwendung von als brauchbar befundenen Regelungen des Allgemeinen Teils des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts.[46] S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d sieht den Grund hierfür in einer Reihe von Faktoren, die gerade im Arbeitsrecht und für dessen Rechtsfindung

---

42 Vgl. z.B. Schnorr von Carolsfeld, RdA 1964, 297 ff.; Richardi, ZfA 1974, 3 ff.

43 Vgl. z.B. Gamillscheg in der Festschrift für Molitor, a.a.O. S. 78 f.; Mayer-Maly, JZ 1961, 205 ff.; ders. RdA 1964, 1 ff.

44 RdA 1964, 297 ff.

45 A.a.O. S. 302.

46 A.a.O. S. 297.

verstärkt herangezogen werden müßten, in dieser Funktion im Privatrecht aber vernachlässigt seien. Dies sind seiner Ansicht nach besonders "die Berücksichtigung der Gesellschaft und ihrer Teile"; "die Belange der Persönlichkeit und ihrer Entfaltung", die besonders durch Art. 2 GG in den Vordergrund rechtlicher Beurteilung im Arbeitsrecht rückten; "die Interessen der Wirtschaft als Dienerin des Menschen" (der Lebensstandard aller hänge vom Standard der Wirtschaft ab und die Lohnhöhe sei für die Preise, vor allem der lohnintensiven Leistungen entscheidend); "die (Interessen) des Staates"; "das Leitbild von einer unserem heutigen Leben entsprechenden idealistischen Gestalt des Arbeitsverhältnisses in unserer Rechtsordnung"; "die Gerechtigkeit ..., weil sie den Angelpunkt in allen Rechtsgebieten bedeutet, sie also nicht nur im Arbeitsrecht von solcher entscheidenden Wichtigkeit ist".[47]

Der Verfasser hält das Arbeitsrecht somit für vom Allgemeinen Teil und vom Schuldrecht des BGB emanzipiert. Bei ihm bedeutet Eigenständigkeit des Arbeitsrechts - wie es R i c h a r d i [48] unter Hinweis auf M ü l l e r [49] darstellt -, daß es nicht nur Sondergebiet des Privatrechts ist, sondern dem Privatrecht als ein eigener "Großrechtskreis"[50] gegenübertritt. Dieser hat die Aufgabe, die Vielzahl der Komponenten, von denen einige oben genannt wurden, "gegeneinander gemäß der Relation ihrer Werte nach der Auffassung der Rechtsgemeinschaft (auszuwiegen), um zum richtigen Ergebnis, der Resultante, zu gelangen".[51]

Wenn der Autor auch von einem fundamentalen Gegensatz von Arbeitsrecht und Privatrecht ausgeht, so läßt dies doch nicht den Schluß zu, damit sei jede Modifizierung allgemeiner Grundsätze des bürgerlichen Rechts bzw. des Privatrechts, wie z.B. die Abschlußfreiheit, im Arbeitsrecht allgemein und beliebig zulässig. Denn Schnorr von Carolsfeld unterwirft das Arbeitsrecht u.a. den "allgemeinen Grundgedanken unserer Rechtsord-

---

47 A.a.O. S. 298.

48 ZfA 1974, 3 ff. (6).

49 RdA 1966, 289 ff. (294).

50 So Müller, RdA 1966, 289 (294).

51 Schnorr von Carolsfeld, RdA 1964, 297 ff. (300).

nung und der Gerechtigkeit überhaupt"; die von ihm vertretene Ansicht zur systematischen Stellung des Arbeitsrechts in der Rechtsordnung erkennt deshalb die Einwirkungsmöglichkeit verfassungsrechtlicher Prinzipien, besonders die Belange der Persönlichkeit und ihrer Entfaltung, an.

b) Gamillscheg; BVerfG

Die nächste "Meinungsgruppe" zur systematischen Stellung des Arbeitsrechts läßt sich mit Hilfe der Auffassung Gamillschegs kennzeichnen.
Er legt dar, daß das Arbeitsrecht im BGB keine Heimstatt gefunden und sich von ihm emanzipiert habe. Es sei ein eigenes Rechtsgebiet mit eigenen Normen, eigenen Grundsätzen, eigenen Auslegungsregeln geworden und es habe sogar auf das bürgerliche Recht zurückgestrahlt.[52] Das Arbeitsrecht müsse sich vorbehalten, eigene Denkfiguren zu entwickeln, wenn der überkommene Begriffsapparat nicht ausreiche, Erscheinungsformen des Arbeitslebens zu erklären.[53]

G a m i l l s c h e g geht nicht so weit wie Schnorr von Carolsfeld und dessen Trennung von Privatrecht und Arbeitsrecht: Er will den von ihm so genannten "Abschied vom BGB" nicht als "Abschied vom Privatrecht" mißverstanden wissen,[54] sondern "als Abschied von einem alternden Gesetz". Arbeitsrecht sei - die öffentlich-rechtlichen Teile ausgenommen - nach wie vor ein "lebendiges und wichtiges Glied des Privatrechts". 'Abschied von einem alternden Gesetz' bedeutet nach diesem Standpunkt allerdings keinen totalen Abschied: Das BGB werde in seinen mehr technischen Ordnungs- und Abwicklungsnormen im Arbeitsrecht erst nach einer Vorprüfung auf die Angemessenheit des Ergebnisses hin angewendet, nämlich dann,

---

52 In der Festschrift für Molitor, a.a.O. S. 78 f.; ders. in der Festschrift für Hans Schmitz, a.a.O. S. 70.

53 So in der Festschrift für Werner Weber, a.a.O. S. 799, mit Hinweis auf die Erscheinungsformen des kollektiven Bereichs des Arbeitslebens.

54 In der Festschrift für Erich Molitor, a.a.O. S. 79 in der Fn. 38.

"wenn sich aus ihm die Lösung ergibt, die man vorher als arbeitsrechtlich und gerecht vorempfunden hat".[55]
Diese Gesichtspunkte stehen vor dem Hintergrund, daß der Arbeitsvertrag typischerweise ungleichgewichtig zustande komme - im Gegensatz zum Kaufvertrag, nach dessen Modell der Allgemeine Teil und das Allgemeine Schuldrecht des BGB gestaltet worden seien.
Daraus ergibt sich für die Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht die folgende wichtige Erkenntnis: Es ist rechtssystematisch verfehlt, BGB-Vorschriften zur Regelung arbeitsrechtlicher Fragen ohne weiteres heranzuziehen, sofern sich diese BGB-Regeln im Einzelfall an Rechtsverhältnissen orientieren, bei denen - wie es im Arbeitsrecht gerade nicht der Fall ist - sich typischerweise Vertragspartner gleichgewichtig gegenüberstehen.

Angemerkt sei, daß auch das BVerfG[56] eine gleiche Ansicht vertritt: Der schuldrechtliche Arbeitsvertrag habe sich im modernen Arbeitsrecht immer mehr zu einem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis umgestaltet, das sich von dem ausschließlich vermögensrechtlich orientierten Schuldrecht des BGB wesensmäßig fundamental unterscheide.[57] Das Arbeitsrecht habe sich als Ganzes - einschließlich seiner Privatrechtsnormen - im Laufe der letzten Jahrzehnte zu einem selbständigen Rechtsgebiet entwickelt, das neben dem bürgerlichen Recht stehe.[58]

---

55 Gamillscheg in der Festschrift für Molitor, a.a.O. S. 79; ders. in der Festschrift für Hans Schmitz, a.a.O. S. 71; ders. in der Festschrift für Werner Weber, a.a.O. S. 798.

56 In seinem Beschluß vom 22.4.1958, E 7, 342 ff. (betr. Gesetzgebungskompetenz der Länder zum Erlaß von Urlaubsgesetzen).

57 BVerfG E 7, 342 ff. (349 f.).

58 A.a.O. S. 348. Zwar sagt das BVerfG später (S. 350) mißverständlich, das Arbeitsrecht habe sich "aus dem Privatrecht ganz herausgelöst". Es hat vermutlich aber bürgerliches Recht gemeint, denn noch später (S. 351) weist das Gericht auf Art. 74 Nr. 13 GG (konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Arbeitsrecht) hin. "Arbeitsrecht" als geschlossener Komplex ist hier gegenüber dem bürgerlichen Recht (gem. Art. 74 Nr. 1 GG) gesondert aufgeführt; hiervon hat sich das BVerfG offensichtlich leiten lassen. Für die Trennung von bürgerlichem Recht und Arbeitsrecht auch Herschel, "Sozialpolitik" a.a.O. S. 124.

Auch nach dieser "Meinungsgruppe" kann aus der Eigenständigkeit des Arbeitsrechts gegenüber dem BGB nicht ohne weiteres der Schluß gezogen werden, damit seien bürgerlich-rechtliche Grundsätze im Arbeitsrecht beliebig veränderbar.
Vielmehr bindet auch sie die Modifikation bürgerlich-rechtlicher bzw. privatrechtlicher Grundsätze im Arbeitsrecht zunächst - allgemein betrachtet - u.a. an verfassungsrechtliche Normen.[59]

c) Mayer-Maly

Bei seinen Überlegungen zur Kodifikation des Arbeitsrechts geht M a y e r - M a l y davon aus, daß die Dynamik des Prozesses einer Emanzipation des Arbeitsrechts von der allgemeinen Privatrechtsordnung manifest sei.[60]
Dieser Tendenz schließt er sich ausdrücklich jedoch nicht an, denn er sieht in einer Verselbständigung des Arbeitsrechts im Verhältnis zur Privatrechtsordnung eine "Teilderogation der Gesamtrechtsordnung":[61] Man gebe sonst alle jene festen Maximen auf, die sich in den traditionellen Bereichen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts ausgebildet und bewährt hätten; das Arbeitsrecht müsse sonst eine eigene Lehre von jedem bisher generell konzipierten Rechtsinstitut entwickeln und würde zu einem isolierten, neben anderen Gebieten stehenden Rechtsgebiet werden.
Mayer-Maly stellt sich damit gegen eine Eigenständigkeit des Arbeitsrechts. Die Grundtatbestände des Lebens des Einzelnen und der Gemeinschaft würden von allgemeinen Maximen beherrscht, deren Gleichheit einen materialen Gerechtigkeitswert beanspruchen könnten. Nur die Existenz solcher Maximen als wichtigste Errungenschaft der unzeitlichen Rechtsentwicklung und damit

---

59 Vgl. Gamillscheg, AcP 164, 385 ff. (386, 404) und oben Erster Teil 3. Kapitel II 1 c, S. 59 zur Drittwirkung der Grundrechte, die "dank der programmatischen Stellungnahme des BVerfG (E 7, 198 ff.) und der ständigen Rechtsprechung des BAG im Arbeitsrecht fest verankert" sei.

60 JZ 1961, 205 ff. (209).

61 RdA 1964, 1 ff. (6).

die Verbindlichkeit eines allgemeinen Teils der Privatrechtskodifikationen seien geeignet, z.B. für gesetzgeberisch nicht vorgesehene Fälle eine Lösung durch die Praxis, durch den Richter und nicht wieder erst durch den Gesetzgeber zu gestalten.
Demzufolge kommt der Verfasser zu einer Forderung nach Rückführung des individuellen Arbeitsrechts in die allgemeine Privatrechtsordnung,[62] zu dessen äußerlicher Ansiedlung im BGB mit neu zu konzipierenden §§ 611 ff. als Ausdruck der inneren Bindung des Arbeitsrechts an die Maximen der allgemeinen Privatrechtsordnung.[63] Dabei mißt er dem Arbeitsrecht die Funktion zu, Motor der Fortbildung des gesamten Privatrechts zu sein,[64] so daß dies schwerwiegende Änderungen der allgemeinen Privatrechtskodifikationen unvermeidlich mache.

Klammert man die für erforderlich gehaltene äußerliche Ansiedlung des Arbeitsrechts im BGB einmal aus, so ergibt sich, zusammengefaßt, folgendes: Auch nach Mayer-Maly ist das Arbeitsrecht nicht befähigt, allein auf Grund seiner rechtssystematischen Einstufung eigene, spezielle Rechtsinstitute herauszubilden. Vielmehr geht Mayer-Maly von der Verbindlichkeit der erwähnten allgemeinen Maximen aus, welche sich u.a. in den traditionellen Bereichen des öffentlichen Rechts und des Verfassungsrechts herausgebildet haben.
Für die hier angestrebte Prüfung einer zivilrechtlichen Modifizierung der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber zugunsten der medizinisch rehabilitierten und der noch behinderten Stellenbewerber bedeutet dies, daß z.B. verfassungsrechtliche Gesichtspunkte auch mit Mayer-Maly primär ausschlaggebend sind.

---

62 JZ 1961, 205 ff. (209).

63 RdA 1964, 1 ff. (6).

64 JZ 1961, 205 ff. (209): die Ausstrahlung speziell arbeitsrechtlich entwickelter Rechtsinstitute ins BGB zeige sich z.B. angesichts der Grundsätze zur Haftungsbeschränkung wegen Verrichtung gefahrgeneigter (schadensgeneigter) Tätigkeit im Hinblick auf § 276 BGB, und zwar bezüglich der Beachtung der konkreten Situation bei der Formulierung des Fahrlässigkeitsbegriffs und des von ihm implizierten Sorgfaltsgebots.

d) Richardi

R i c h a r d i [65] beurteilt das Verhältnis zwischen Arbeitsrecht und Zivilrecht ähnlich wie Mayer-Maly, geht dabei allerdings von prinzipiell umgekehrten Vorzeichen aus.

Zunächst begründet er die Existenz arbeitsrechtlicher Sonderinstitute[66] damit, daß dieser Ausbruch aus der Zivilrechtsdogmatik erfolgt sei, um in der rechtlichen Ordnung der Arbeitsverhältnisse den sozialen Gedanken stärker zu berücksichtigen, als es nach der traditionellen Privatrechtsordnung möglich erscheine.[67]
"Sozialer Gedanke" ist zentraler Ausgangspunkt, von dem aus Richardi die rechtssystematische Einordnung des Arbeitsrechts mit dem folgenden Ergebnis begründet: Der soziale Gedanke sei ein Mangel des BGB. Letzterer sei nicht nur auf das Arbeitsverhältnis beschränkt, sondern bestimme allgemein die Struktur des bürgerlichen Rechts.[68] In diesem Mangel des BGB, dem Privatrecht keine soziale Aufgabe zuerkannt zu haben, liege aber kein Rechtfertigungsgrund, dem Arbeitsrecht gegenüber der allgemeinen Privatrechtsordnung eine Eigenständigkeit zuzuweisen.[69]
Vielmehr stehe sogar die Masse der sozial intendierten Normen für privatrechtliche Beziehungen außerhalb des BGB, wie neben dem Arbeitsrecht vor allem weitgehend das Recht der Wohnungsmiete. Dies könne als Indiz dafür gewertet werden, daß die Verwirklichung des Sozialstaatsgedankens innerhalb des Privat-

---

65 ZfA 1974, 3 ff.

66 Rechtliche Behandlung nichtiger Rechtsgeschäfte (Arbeitsverträge),bei denen der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung bereits erbracht hat; Lohnzahlung bei Betriebsstörung; arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz.

67 A.a.O. S. 16.

68 A.a.O. S. 21 f. So sei beispielsweise die Reduktion der Nichtigkeits- und Anfechtungsfolgen beim Arbeitsvertrag nicht spezifisch arbeitsrechtlich, sondern überall dort problematisch, wo Dienstleistungen ohne Vertragsgrundlage erbracht werden. Auch die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung sei keineswegs durch die Besonderheit des Arbeitsverhältnisses bedingt, sondern müsse auch dort berücksichtigt werden, wo jemand zwar nicht als Arbeitnehmer, aber in fremdem Interesse tätig werde.

69 A.a.O. S. 24.

rechts eine bisher im Gesetzesrecht ungelöste Aufgabe darstelle.[70] Solle der Sozialstaatsgedanke in der Privatrechtsordnung zur Geltung kommen, so sei die These von der Eigenständigkeit des Arbeitsrechts nicht mehr eine Forderung unserer Zeit.

Arbeitsrecht sei kein Sonderrecht der Arbeitnehmer, es würde sonst "zum Standesrecht und damit zu einer Privilegienordnung, für die innerhalb einer offenen Gesellschaft jede Rechtfertigung fehlt",[71] werden. Anderenfalls blieben "alle privatrechtlichen Beziehungen außerhalb des Arbeitsrechts einem in den Dornröschenschlaf geschickten bürgerlichen Recht überlassen, obwohl soziale Abhängigkeit keineswegs nur auf das Arbeitsverhältnis beschränkt"[72] sei.

Während G a m i l l s c h e g feststellte, das Arbeitsrecht habe (sogar) auf das bürgerliche Recht zurückgestrahlt,[73] und während M a y e r - M a l y auch von dieser Ausstrahlungswirkung spricht, überdies im Arbeitsrecht den Motor für die Fortbildung des gesamten Privatrechts erblickt,[74] geht R i c h a r d i somit von einer anderen Ausstrahlung aus: Es sei Aufgabe der Rechtsordnung - damit also nicht nur die des Arbeitsrechts -, die Funktionsvoraussetzungen für eine Privatautonomie zu schaffen, die die Freiheit des einzelnen mit der Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit in Einklang bringe.[75]

Die Instrumente der Privatrechtsdogmatik eignen sich nach dieser Ansicht zur Lösung moderner Ordnungsprobleme, indem sie hierbei den sozialen Gedanken berücksichtigen. Sie strahlten insofern auch, aber nicht nur auf das Arbeitsrecht aus. Sie beträfen ebenfalls das Kaufrecht - besonders die Korrektur des Inhalts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch die Gerichte;[76] das Mietrecht und ähnliche Bereiche mit spezifisch so-

---

70 A.a.O. S. 24 f.

71 A.a.O. S. 23.

72 A.a.O. S. 24.

73 S.o. b, S.161 mit Fn. 52.

74 S.o. c, S.164 mit Fn. 64.

75 A.a.O. S. 24.

76 Eine von Larenz so bezeichnete Form der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung, die auch in dieser Arbeit zur Diskussion steht; vgl. hierzu oben Dritter Teil 1. Kapitel IV, S.150ff. mit Fn. 37 auf S.155.

zialen Spannungen und Abhängigkeiten.
Damit wird nach dieser "Meinungsgruppe" die rechtssystematische Einordnung des Arbeitsrechts unter dem besonderen Aspekt des Sozialstaatsprinzips beurteilt. Er spielt nicht nur im Arbeitsrecht, sondern innerhalb der Privatrechtsordnung eine bedeutsame Rolle, so daß die Einordnungsproblematik im Grunde genommen nachrangig ist.
Dadurch kommt klar zum Ausdruck, daß eine Veränderung privatrechtlicher oder (nur) bürgerlich-rechtlicher Grundsätze im Arbeitsrecht nicht ein an sich arbeitsrechtliches Problem ist. Der hierbei zugrunde zu legende Kerngedanke, nämlich das Sozialstaatsprinzip, beeinflußt die gesamte Privatrechtsordnung.

3. Ergebnis

a) Die als repräsentativ ausgewählten Meinungen gelangen zu unterschiedlichen Ergebnissen: Eigenständigkeit des Arbeitsrechts gegenüber dem Privatrecht (Schnorr von Carolsfeld) bzw. nur gegenüber dem BGB (Gamillscheg; BVerfG); Einheit von Privatrechtsordnung und Arbeitsrecht (Mayer-Maly: mit äußerlicher Ansiedlung des Arbeitsrechts im reformierten BGB; Richardi).

b) Übereinstimmend messen sie dem Arbeitsrecht die gesellschaftsgestaltende Funktion bei, soziale Spannungen zu regulieren. Mayer-Maly sieht hierin gleichzeitig eine wichtige Impulsfunktion des Arbeitsrechts in Richtung auf das Privatrecht (ähnlich Gamillscheg); Richardi unterstreicht - darüber hinausgehend - die sozialgestalterische Aufgabe des gesamten Privatrechts, beschränkt sie also nicht nur auf das Arbeitsrecht.

c) Unabhängig von Vorstellungen zur rechtssystematischen Einordnung des Arbeitsrechts in die Rechtsordnung besteht Übereinstimmung ferner darin, daß privatrechtliche oder - enger - bürgerlich-rechtliche Grundsätze in bestimmtem Umfange auch im Arbeitsrecht gelten:
Schnorr von Carolsfeld spricht u.a. vom Vorbehalt der analogen Anwendung von als brauchbar befundenen Regeln des Allgemeinen

Teils des Privatrechts;[77] Gamillscheg will das BGB in seinen mehr technischen Ordnungs- und Abwicklungsnormen im Arbeitsrecht anwenden, und zwar erst nach einer Vorprüfung auf die Angemessenheit des Ergebnisses hin, nämlich dann, wenn sich aus ihm eine arbeitsrechtskonforme, gerecht vorempfundene Lösung ergibt;[78] Mayer-Maly geht von der Verbindlichkeit eines allgemeinen Teils der Privatrechtskodifikationen bzw. von der Bindung des Arbeitsrechts an die Maximen der allgemeinen Privatrechtsordnung aus;[79] Richardi bezeichnet es als die Aufgabe der Privatrechtsordnung, durch Aktivierung des Sozialstaatsgedankens die Funktionsvoraussetzungen für die Privatautonomie allgemein und damit auch im Arbeitsrecht zu schaffen, um die Freiheit des einzelnen mit der Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit in Einklang zu bringen[80] - er fordert, nach Instrumenten der Privatrechtsdogmatik zu suchen, die sich zur Lösung moderner Ordnungsprobleme eignen.

d) Schließlich bejahen die Autoren, daß das Arbeitsrecht trotz unterschiedlich erachteten Standorts an verfassungsrechtliche Gesichtspunkte gebunden ist, wie z.B. an das Sozialstaatsprinzip.

e) Daraus ergibt sich, daß der Stellenwert der Einordnungsproblematik selbst nachrangig ist. Welcher Ansicht auch immer man sich anschließt, wird man die unter b - d zusammengefaßten Erwägungen zu beachten haben.

---

77 S.o. 2 a, S.159 mit Fn. 46.
78 S.o. 2 b, S.161f. mit Fn. 55 auf S.162.
79 S.o. 2 c, S.164 mit Fn. 63.
80 S.o. 2 d, S.166 mit Fn. 75.

II Besondere Zulässigkeit einer Modifizierung der zivilrechtlichen Abschlußfreiheit der Arbeitgeber im Arbeitsrecht zugunsten der medizinisch Rehabilitierten und der noch Behinderten

1. Ausgangspunkt: Verbindlichkeit privat- bzw. bürgerlich-rechtlicher Grundsätze im Arbeitsrecht

Nachdem in der ersten Station der Prüfung herausgestellt wurde,[81] daß die Chance der wieder einzugliedernden Stellenbewerber durch einfachgesetzliche Normen generell nicht verstärkt ausgebaut ist, wendet sich die Prüfung auf dieser zweiten Stufe einer weiteren Bestandsaufnahme zu: Es geht jetzt systematisch darum, ob die arbeitsrechtliche Abschlußfreiheit der Arbeitgeber schon aus Grundsätzen einzuschränken ist, die bereits im Privatrecht bzw. bürgerlichen Recht anerkannt sind (geeignete Instrumentarien des Privatrechts zur Lösung sozialer Ordnungsprobleme im Arbeitsrecht).
Denn wenn sich ergeben sollte, daß sich bereits auf diesem Gebiet Grundsätze zur Differenzierung der zivilrechtlichen Privatautonomie manifestiert haben, liegt der Schluß zur (engeren) arbeitsrechtlichen Lösung nahe. Hiermit vergleichbare, spezielle arbeitsrechtliche Grundsätze, die es möglicherweise gibt, müßten in einem solchen Fall nicht herangezogen und auf ihre analoge Anwendbarkeit im hier gestellten Fragenbereich geprüft werden.
Im übrigen stimmt dies mit den referierten Ansichten zur These von der Eigenständigkeit des Arbeitsrechts überein. Jene im vorangegangenen Abschnitt dargelegten Standpunkte brauchen demnach dann nicht auf ihre "Schlagkraft" hin untersucht zu werden, falls bereits privat- bzw. bürgerlich-rechtliche Erwägungen zur Abschlußfreiheit für den hier interessierenden Sektor des Arbeitsrechts Lösungsvorschläge nahelegen.
Gleichzeitig muß das weitere Ergebnis, daß nämlich unabhängig von rechtssystematischen Einordnungsfragen verfassungsrechtliche Gesichtspunkte für das Arbeitsrecht verbindlich sind, in seinem Einfluß auf diese zweite Prüfungsstation zunächst

---

81 Vgl. das Ergebnis oben Dritter Teil 1. Kapitel III, S.150.

zurückstehen. Das bedeutet aber nicht, daß damit auch bei der Beurteilung der bürgerlich-rechtlichen bzw. sonstigen privatrechtlichen Abschlußfreiheit irgendwelche verfassungsrechtlichen Erwägungen auszuscheiden hätten. Vielmehr sind sie maßgebend, wenn diese Abschlußfreiheit daraufhin untersucht werden soll, ob sich außerhalb des Arbeitsrechts für das Arbeitsrecht verwendbare Differenzierungsgrundsätze manifestiert haben.

Das ergibt sich daraus, daß nach den oben entwickelten Regeln zur Drittwirkung der Grundrechte das Privatrecht an das Verfassungsrecht gebunden ist und daß die (zivilrechtliche) Abschlußfreiheit[82] verfassungsrechtlich von Art. 2 I GG garantiert und geschützt wird.

Aus diesem Grunde ist zwischen der Einwirkung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte auf das bürgerliche Recht bzw. das Privatrecht einerseits und auf das Arbeitsrecht andererseits zu trennen: Es gibt verfassungsrechtliche Normen, die wegen ihres spezifischen Gehalts nicht für alle Bereiche der Privatrechtsordnung wirksam werden können; nimmt man den in dieser Arbeit entwickelten spezifischen Persönlichkeitsrechtsschutz der medizinisch Rehabilitierten und Behinderten gem. Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG, so kann er - da auf berufliche Wiedereingliederung bzw. Eingliederung gerichtet - nur die Abschlußfreiheit aus a r b e i t s r e c h t l i c h e r Sicht tangieren.

Dagegen läßt er die übrige zivilrechtliche Abschlußfreiheit unberührt. Letztere ist - wenn es um ihren Wesensgehalt geht - zwar ebenfalls verfassungsrechtlich zu erfassen. Wegen der erforderlichen Differenzierung können hierfür aber nur andere verfassungsrechtliche Normen bzw. daraus ableitbare Rechtsregeln in Frage kommen.

Wenn es nun darum geht, welche bürgerlich-rechtlichen oder sonstigen privatrechtlichen Modifizierungen der Abschlußfreiheit anerkannt sind, so müssen zunächst jene spezifischen

---

82 S.o. S. 42 mit Fn. 120.

Elemente des Persönlichkeitsschutzes gem. Art. 2 I, 1 I GG zurücktreten, die aus der speziellen Sicht der beruflichen Rehabilitation entwickelt wurden.
Demzufolge wird bei den folgenden verfassungsrechtlichen Überlegungen zur Abschlußfreiheit außerhalb des Verfassungsrechts unter - wie oben ausgeführt - gleichzeitiger Zurückstellung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte für das Arbeitsrecht nicht etwa scheinbar Identisches willkürlich aufgespalten. Vielmehr verlaufen die verfassungsrechtlichen Bindungen auf zwei getrennten Ebenen mit jeweils spezifischen Bindungswirkungen einmal im bürgerlichen Recht bzw. im Privatrecht, zum anderen im Arbeitsrecht.

2. Bereits anerkannte Einschränkungen der Abschlußfreiheit im Privatrecht

a) Einschränkung der Abschlußfreiheit im bürgerlichen Recht

Im bürgerlichen Recht ist die Existenz von Abschlußpflichten anerkannt,[83] deren Umfang teilweise umstritten.

aa) Verfassungsrechtliche Erwägungen

Zur Konstruktion bürgerlich-rechtlicher Abschlußpflichten ist auf folgendes hinzuweisen: Die Vertragsfreiheit (Abschlußfreiheit) wird unter dem Blickwinkel des Verfassungsrechts nach allgemeiner Ansicht[84] durch Art. 2 I GG gewährleistet und geschützt. Demzufolge ist die Einschränkbarkeit der Abschlußfreiheit an der Schrankentrias gem. Art. 2 I GG zu messen. Aus diesem Bereich kommen hauptsächlich diejenigen Schranken in Betracht, die durch die Rechte Dritter und die verfassungsmäßige Ordnung gezogen sind. Demgegenüber ist S c h m i d t - S a l z e r [85] der Meinung, die Grenzen der

---

83 Vgl. Enneccerus/Nipperdey Lb. AT Bd. 2, § 162 IV 2, S. 999 mit Fn. 33, 34, ferner S. 1001; Erman/Hefermehl BGB Rdnr. 17, 18, 19 vor § 145; Palandt/Heinrichs BGB Einführung 3 b vor § 145 - jeweils mit umfangreichen Nachweisen.

84 S.o. S. 42 mit Fn. 120.

85 NJW 1970, 8 ff. (15) mit weiteren Nachweisen.

Vertragsfreiheit könnten nicht am Grundgesetz gemessen werden. Er geht davon aus, daß es sich bei der Vertragsfreiheit und ihren Schranken nicht um die Begrenzung eines originären Freiheitsraumes handelt. Vielmehr liege hierin die Festlegung der Voraussetzungen, unter denen die Privatrechtssubjekte ihre übersubjektiven Beziehungen in eigener Verantwortung mit rechtlich bindender Kraft ordnen könnten.
Das Grundrecht auf Vertragsfreiheit habe also einen atypischen Inhalt: Es enthalte nicht nur die verfassungsrechtliche Gewährleistung einer bestimmten Freiheit zum Handeln, sondern darüber hinaus einen verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch auf Einräumung einer rechtlichen Befugnis zum Selbstgestalten der intersubjektiven Rechtsbeziehungen.[86] Demnach habe der Staat die Pflicht, den Individuen die Freiheit zu lassen, sich über den Austausch von Waren und Dienstleistungen zu einigen; das Grundrecht auf Vertragsfreiheit verpflichte die Rechtsordnung, diese Einigungen rechtlich anzuerkennen und ihre Durchsetzung durch den staatlichen Zwangsapparat zu gewährleisten.
Nach Schmidt-Salzer muß der Staat somit diese Form der Handlungsfreiheit respektieren und "ihre Einordnung in das Recht organisieren".[87] Es ist folgerichtig, wenn Schmidt-Salzer sodann zu der Lösung gelangt, das Grundrecht auf Vertragsfreiheit werde nicht vom Verfassungsrecht ausgemessen: die Verfassung enthalte nur die Grundentscheidung für die Zulassung der Vertragsfreiheit. Ihr konkreter Inhalt werde erst vom Zivilrecht bestimmt. Dieses stehe von vornherein unter dem Vorbehalt der vom Zivilrechtsgesetzgeber vorzunehmenden Organisation des intersubjektiven schuldrechtlichen Verkehrs.[88]

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Ansicht von Schmidt-Salzer gegenüber jener Meinung vorzuziehen ist, welche die Vertragsfreiheit an der Schrankentrias des "Soweit"-Satzes des

---

86 Schmidt-Salzer a.a.O. S. 14.

87 A.a.O. S. 14. Ähnlich Flume "Rechtsgeschäft und Privatautonomie", a.a.O. § 1/5, S. 6; ders. "Rechtsgeschäft", a.a.O. S. 6; vgl. oben Erster Teil 3. Kapitel II 1 a, S. 46.

88 A.a.O. S. 15 m.w.N.

Art. 2 I GG mißt und ggf. enden läßt. Vielmehr läßt auch Schmidt-Salzer eine völlig freie Ausgestaltung des Schuldvertragsrechts - was man an sich nach der gerade referierten Ansicht meinen könnte - nicht zu: Der Zivilrechtsgesetzgeber müsse neben den verfassungsrechtlichen Regelungsaufträgen vor allem die aus dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit abzuleitende Grundentscheidung der Verfassung respektieren. Soweit sie die Zulassung eines intersubjektiven rechtsgeschäftlichen Verkehrs betreffe, sei die Freiheit zur eigenen Initiative und zum selbstverantwortlichen Gestalten der intersubjektiven schuldvertraglichen Beziehungen als Rechtsinstitut bzw. als staatsgestaltendes Ordnungsprinzip garantiert. Die Rechtswirksamkeit privater Regelungen des Waren- und Leistungsaustauschverkehrs dürfe nicht schlechthin aufgehoben werden; Beschränkungen der Vertragsfreiheit müßten einen gewissen Freiheitsbereich übrig lassen, der noch den Namen Vertragsfreiheit verdiene.[89]

Damit geht es um den Bereich, der einerseits von der Pflicht des Staates zur Organisation der Handlungsfreiheit, andererseits von der Befugnis der einzelnen zur intersubjektiven Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen begrenzt wird. Er ist näher bestimmbar, wenn man sich den Vertragsmechanismus[90] vor Augen führt. Nur innerhalb der Grenzen seiner tatsächlichen Funktionsfähigkeit[91] kann von der Richtigkeit der Vertragsinhalte gesprochen werden. Die Funktionsfähigkeit des Vertragsmechanismus entscheidet über die Einräumung zweiseitiger Regelungsbefugnisse zur sozial-richtigen Gestaltung der Rechtsbeziehungen. Schmidt-Salzer[92] meint, daß jenseits dieser Grenze die Gestaltung subjektiver Rechtsbeziehungen nicht mehr dem einzelnen überlassen bleiben könne; hier müsse das Recht eingreifen.

---

89 A.a.O. S. 15.

90 Vgl. hierzu die Definition bei Flume, oben Erster Teil, 3. Kapitel II 1 a, S. 45 f. mit den Fn. 129 - 133.

91 Worauf Schmidt-Salzer NJW 1971, 173 ff. (173) hinweist.

92 NJW 1971, 173 ff. (173).

Somit ist auch nach der Ansicht Schmidt-Salzers z.B. dem Gesichtspunkt der Abwehr von Machtmißbräuchen Rechnung getragen worden. Sie wird durch Beschränkungen der Abschlußfreiheit gesichert.
Folgt man der allgemein vertretenen Meinung, welche die Abschlußfreiheit an der Schrankentrias des "Soweit"-Satzes in Art. 2 I GG mißt, so würde machtmißbräuchliches Verhalten u.a. durch die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung abgewehrt werden. Die in diesem Begriff enthaltene Sozialentscheidung[93] erlaubt es, zugunsten abhängiger Personen z.B. unsoziales Verhalten seitens marktbeherrschender Unternehmen abzuwehren.

Hier zeichnet sich ein verfassungsrechtlich beeinflußter Gedanke ab, der heute Bestandteil des Privatrechts ist. Bindet man das Arbeitsrecht an privatrechtlich ausgeformte Grundsätze,[94] so ergibt sich diese Impulsrichtung:
Der nunmehr verfassungsrechtlich (ausnahmsweise) einschränkbare Grundsatz der Abschlußfreiheit strahlt ins Arbeitsrecht aus und führt dort zu einer dementsprechenden Behandlung vorhandener und zu lösender sozialer Spannungsverhältnisse.

bb) Beispiele für die im bürgerlichen Recht eingeschränkte Abschlußfreiheit

Demzufolge sind Einschränkungen der Abschlußfreiheit zu Lasten der Inhaber von Monopolstellungen bürgerlich-rechtlich anerkannt, soweit sie die Allgemeinheit mit lebenswichtigen Gütern versorgen.[95] Einschränkungen ergeben sich ferner mittelbar aus der Verpflichtung zum Schadensersatz gem. §§ 826, 249 BGB,[96] sofern die Ablehnung des Vertragsschlusses eine vorsätzliche

---

93 Vgl. z.B. Dürig bei Maunz/Dürig/Herzog GG Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 58.

94 Vgl. oben Zweites Kapitel I 3 c, S. 167 f.

95 Allgemein: zu Lasten der Inhaber von Garantenstellungen, wie sie auch für die unechten Unterlassungsdelikte im Strafrecht problematisch sind. Vgl. Esser Lb. Bd. 1, § 11 II 1, S. 83; Fikenscher § 79 I c 2, S. 464, § 21 V 2, S. 74 f., m.w.N.

96 Vgl. z.B. Esser Lb. Bd. 1, § 11, 3 a, S. 83; Fikenscher § 21 VI 2 d, S. 75, m.w.N.

sittenwidrige Schädigung wäre.[97, 98]
Diese Abschlußpflichten auf bürgerlich-rechtlichem Gebiet sind alle in konkreten Einzelfällen entwickelt worden. Sie lassen sich durch die aufgeführten Kategorien in das bürgerliche Recht einordnen.
Indessen wäre es falsch, bereits aus diesen bestehenden Einschränkungen der Abschlußfreiheit jede beliebige weitere Einschränkung zu folgern, wie etwa in den Fällen der beruflichen Rehabilitation. Vielmehr kommt es - wie die Fallgruppen zeigen - in jedem Einzelfall auf das Erfordernis einer individuellen Prüfung an.
Geht man insofern von einer Einheit der Zivilrechtsordnung aus, als man ihre Rechtsgrundsätze auch für das Arbeitsrecht für verbindlich hält, so kann bereits an dieser Stelle folgendes festgehalten werden:
Der Grundsatz der Abschlußfreiheit wird bereits im Zivilrecht wegen der dort entwickelten Ansätze zu einem sozialen Ausgleich nicht absolut verwirklicht. Daher hat dieser Grundsatz auch im Arbeitsrecht keine absolute Gültigkeit.
So räumt auch L i e b [99] - er spricht sogar von einem Geltungsanspruch des BGB gegenüber dem Arbeitsrecht - ein, daß "die Notwendigkeit gewisser Modifizierungen" im Arbeitsrecht nicht geleugnet werden solle, soweit deren Erforderlichkeit ebenfalls ausreichend dargetan werde.

b) Gesetzlich geregelte Einschränkungen der Abschlußfreiheit im Privatrecht

Verschiedene gesetzliche Regelungen enthalten Abschlußpflichten. Sie sind ebenfalls wie die erwähnten bürgerlich-rechtlichen

---

97 Vgl. z.B. auch § 35 GWB i.V.m. § 249 BGB, woraus sich eine Abschlußpflicht u.a. bei Verletzung der §§ 25 - 27 GWB (wettbewerbsbeschränkendes und diskriminierendes Verhalten) ergibt.

98 Vgl. zum Grundsätzlichen z.B. Erman/Hefermehl BGB Rdnr. 17, 18 und 19 vor § 145; Palandt/Heinrichs, Einf. 3 b vor § 145; beide mit umfangreichen Nachweisen zu Rechtsprechung und Schrifttum.

99 RdA 1975, 49 ff. (51).

Abschlußpflichten generell auf den sozialen Ausgleich gerichtet: §§ 453, 460 HGB zu Lasten der Deutschen Bundesbahn; § 8 PostG, § 5 TelG gelten für die Bundespost; für Energieversorgungsunternehmen gem. § 6 EnergieWiG; für Unternehmen, die entgeltlich geschäftsmäßig Personen mit Straßenbahn, Omnibussen, Kraftfahrzeugen befördern, nach § 22 PBefG; für Unternehmen des Güterfern- und Güternahverkehrs im Liniendienst gem. §§ 13 a IV S. 3, 90 I S. 3 GüKG; für Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherer gem. § 5 PflVersG.[100]

Wegen ihrer s p e z i e l l e n Regelungsbereiche ist deren analoge Anwendung auf medizinisch Rehabilitierte und Behinderte im Arbeitsrecht nicht zulässig. Auch der sie gemeinsam verbindende Gedanke, den sozialen Ausgleich der Teilnehmer am Rechtsverkehr anzustreben, reicht hierfür nicht aus. Vielmehr kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an.

3. Tatsächliche Einschränkungen der Abschlußfreiheit im Arbeitsrecht

Es ist denkbar, daß die Abschlußfreiheit der Arbeitgeber auch gegenüber arbeitsuchenden Rehabilitierten und Behinderten einschränkbar ist, sofern sie im Arbeitsrecht bereits für andere Fälle anerkannt worden sein sollte. Hierfür kommen Einschränkungen in Betracht, die neben jenen öffentlich-rechtlichen Schutzvorschriften bestehen, die schon besonders herausgestellt wurden.[101]

a) Ketten(Zeit-)arbeitsverträge und Einschränkung der Abschlußfreiheit

Der Große Senat des BAG befaßte sich in seinem Beschluß vom 12. 10. 1960[102] mit der Zulässigkeit von Kettenarbeitsverträ-

---

100 Vgl. hierzu Fikenscher Lb. § 79 I c α), S. 464, § 21 V 2, S. 74 f.; Esser Lb. Bd. 1, § 11 II 3 a, S. 84; Staudinger/Coing Anm. 8 vor § 145.

101 Vgl. oben 1. Kapitel, S.140ff. mit dem Ergebnis (III) auf S.150.

102 BAG AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

gen. Sie liegen vor, "wenn mehrere befristete Arbeitsverträge derart aneinander gereiht werden, daß mit Ablauf der jeweils vorgesehenen Frist das Arbeitsverhältnis ohne Kündigung endet, sofern nicht ein neuer wiederum befristeter Arbeitsvertrag abgeschlossen wird".[103]

Kerngedanke der Entscheidung des BAG ist, daß der Grundsatz der Vertragsfreiheit und die Regel des § 620 I BGB - grundsätzliche Zulässigkeit befristeter Arbeitsverhältnisse - sich im Hinblick auf die Entwicklung des Bestandsschutzes des Arbeitsverhältnisses Einschränkungen gefallen lassen müßten. Befristete Arbeitsverträge müßten im Gefüge der Grundprinzipien des Arbeitsrechts einen verständigen, sachlich gerechtfertigten Grund haben. Die wirtschaftlichen oder sozialen Verhältnisse der Parteien oder jedenfalls einer Partei müßten für die (befristeten) Verträge sprechen. Sie müßten ihre sachliche Rechtfertigung in sich tragen, so daß sie mit Recht und aus gutem Grund von den Kündigungsschutzvorschriften[104] nicht betroffen werden.[105]

Damit ist nach Ansicht des BAG - GS - der zwingende Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses auf diesem Gebiet wirksame Grenze der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht. Er ergibt sich unmittelbar aus dem Gedanken des Kündigungsschutzrechts.[106]

Mittelbar leitet sich der Bestandsschutz aus dem Sozialstaatsprinzip ab, denn das BAG[107] spricht von der Verwirklichung

---

103 So die gebräuchliche Definition bei Hueck/Nipperdey Lb. Bd. I, § 55 III 6, S. 535.

104 Der Zeitablauf eines befristeten Arbeitsverhältnisses ist ein Endigungsgrund. Daher bedarf es in diesem Falle keiner Kündigung. Damit finden auch Kündigungsschutzvorschriften keine Anwendung; vgl. Hueck/Nipperdey Lb. Bd. I, § 55 I 3, S. 529.

105 BAG GS a.a.O. Bl. 315 und Rückseite.

106 BAG GS a.a.O. wie Fn. 105: "Eine Umgehung des KSchG würde den Arbeitnehmer des Bestandsschutzes für sein Arbeitsverhältnis berauben."

107 AP Nr. 7 zu § 1 KSchG (Urteil des 2. Senats vom 21.10.1954), Bl. 275; AP Nr. 1 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag (Urteil des 2. Senats vom selben Tage), Bl. 28 Rückseite.

des Verfassungsgrundsatzes der Sozialstaatlichkeit in seiner durch das KSchG ausgeprägten Gestalt der Bestandssicherung der Arbeitsplätze.

Dogmatisch bezog sich der Große Senat auf das Verbot der objektiven Gesetzesumgehung - sie liegt dann vor, wenn der Zweck einer zwingenden Rechtsnorm dadurch verletzt wird, daß andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten mißbräuchlich verwendet werden. Entscheidend ist dabei die objektive Funktionswidrigkeit des gesetzesumgehenden Rechtsgeschäfts, nicht entscheidend ist eine innere Willensrichtung, etwa die bewußte Mißachtung der Verbots- bzw. Gebotsnorm durch einen oder durch die Rechtsgeschäftspartner.

Der Große Senat übertrug somit die bereits im bürgerlichen Recht anerkannte[108] objektive Theorie der Gesetzesumgehung ins Arbeitsrecht.[109] Sie ist für Wissenschaft und Praxis auf allen Gebieten des Privatrechts gültig. Ihre ausdrückliche Übertragung ins Arbeitsrecht ist gleichzeitig ein Beispiel für die hier für erforderlich gehaltene rechtssystematische Betrachtungsweise. Mit den Instrumenten der Privatrechtsdogmatik setzt sich die Aufgabe der Privatrechtsordnung zur Gestaltung sozialer Ordnungsprobleme auch im Arbeitsrecht durch.[110]

Zu einem ganz ähnlichen Ergebnis kommen Hueck/Hueck[111] und Nikisch[112]: Durch die immer wiederholte feste Befristung werde

---

108 Vgl. Enneccerus/Nipperdey Lb. AT Bd. 2, § 190 III 3, S. 1162.

109 Der Große Senat (a.a.O. Bl. 314 Rückseite) bezog sich ausdrücklich auf Enneccerus/Nipperdey (s. 108), so daß man nicht sagen kann, das BAG habe die objektive Theorie der Gesetzesumgehung entwickelt (so aber Erman/Küchenhoff § 620 Rdnr. 11).

110 Seitdem ständige Rechtsprechung, vgl. BAG AP Nr. 37 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag (Urteil des 2. Senats vom 25.1.1973) Bl. 278 Rückseite; zuletzt wohl BAG DB 1975, 842 (Urteil vom 31.10.1974); h.M. im Schrifttum, vgl. hierzu die umfangreichen Nachweise bei BAG AP Nr. 35 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag (Urteil des 2. Senats vom 4.2.1971) Bl. 870 Rückseite. In dem Urteil vom 19.12.1974 wandte der 2. Senat des BAG (DB 1975, 890 ff., 891) den Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung auf einen Vertrag an, der den Verzicht auf Kündigungsschutz zum Gegenstand hatte.

111 KSchG § 1 Rdnr. 50, vgl. auch Hueck bei Hueck/Nipperdey, Lb. Bd. I, § 55 III 6, S. 535.

112 Lb. Bd. I, § 47 II 4, S. 673.

die Kündigung überflüssig gemacht, der Arbeitnehmer verliere den Kündigungsschutz und der Arbeitgeber, der so handele, verstoße gegen die ihm obliegende Fürsorgepflicht. Das sei nur dann nicht der Fall, wenn besondere wirtschaftliche oder soziale Gründe die wiederholte feste Befristung als gerechtfertigt erscheinen lassen.
Damit wird hier nicht der Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung herangezogen, sondern der der Fürsorgepflichtverletzung. Ob dies richtig ist, ist für die Behandlung der Kettenarbeitsverträge u.U. bedeutsam,[113] kann für die hier angestellten Überlegungen aber offen bleiben: Die Entwicklung auf dem Gebiet der Kettenarbeitsverträge soll hier nur insoweit aufgegriffen werden, als sie ein Beispiel für die Modifizierung der Vertragsfreiheit liefert. Zu einer solchen Modifizierung gelangt auch die Meinung, die von der Fürsorgepflichtverletzung als Konstruktion, Kettenarbeitsverhältnisse für unwirksam zu erklären und damit die Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht zu beschneiden, ausgeht.
Im übrigen eignet sich die Meinung für eine analoge Anwendung im Bereich der beruflichen Rehabilitation nicht: Es liegt auf der Hand, daß die Fürsorgepflicht nur während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses die Abschlußfreiheit korrigieren kann, welche bei Zeitverträgen sonst zu weiteren befristeten Arbeitsverträgen führen würde. Im Bereich der beruflichen Rehabilitation geht es dagegen um die Erhöhung der Chancen des betreffenden Personenkreises, einen Arbeitsplatz zu erhalten, also ein Arbeitsverhältnis zu begründen. Bei der Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses wirkt eine Fürsorgepflicht aber nicht korrigierend, weil sie nicht besteht.
So spielt der Gesichtspunkt der Fürsorgepflichtverletzung nach den referierten Meinungen keine Rolle, wenn es sich um den einmaligen Abschluß eines befristeten Arbeitsvertrages handelt.[114] Bei diesen einfachen Zeitverträgen besteht trotz ihrer generellen Zulässigkeit (§ 620 I BGB) die allgemeine Schranke des Miß-

---

113 Der Große Senat des BAG stellte sich ausdrücklich gegen diese Konstruktion; a.a.O. Bl. 315.

114 Vgl. Hueck/Hueck KSchG § 1 Rdnr. 48.

brauchs der Vertragsfreiheit. Die Rechtsprechung stellt hier den Grundsatz auf, daß ein solcher Zeitvertrag nicht ohne jeden sachlich rechtfertigenden Grund gewählt werden darf.[115]

Das BAG begründete die Modifizierung der Abschlußfreiheit bis zur Entscheidung des Großen Senats anders:[116] Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, die auch im Arbeitsrecht gelte, sei Teil der allgemeinen Rechtsordnung. Er finde seine Grenzen an anderen Rechtsnormen. Insbesondere sei hier der in Art. 20 I, 28 I GG aufgestellte Grundsatz des Sozialstaates bedeutsam. Dieser gebiete, einem jeden ein der menschlichen Persönlichkeit würdiges Dasein zu ermöglichen. Sonst könne die Vertragsfreiheit dazu führen, daß der meist sozial und wirtschaftlich schwächere Arbeitnehmer von ihr nicht den gleichen Gebrauch machen könne wie der regelmäßig wirtschaftlich und sozial stärkere Arbeitgeber.[117]

Aus den Entscheidungen des BAG bis zum Beschluß des Großen Senats ergibt sich zweierlei: Das Gericht hielt das Sozialstaatsprinzip gegenüber dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (Abschlußfreiheit) für stärker, ferner sah es in dem Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses ausdrücklich eine Form des konkretisierten Sozialstaatsprinzips.

Der Große Senat des BAG bestätigte diesen Gedankengang in der erwähnten Entscheidung zwar nicht, verwarf ihn allerdings auch nicht. Er stützte sich offensichtlich deswegen auf das Prinzip der Gesetzesumgehung, weil die BAG-Rechtsprechung, nicht im Ergebnis, aber in der Konstruktion, bis dahin kritisiert worden war. In diesem Zusammenhang sei auf die Entscheidung

---

115 Vgl. hierzu Hueck/Nipperdey Lb. Bd. I § 55 III 7, S. 538 m.w.N.; Hueck/Hueck KSchG § 1 Rdnr. 49 mit umfangreichen Nachweisen; Nikisch Lb. Bd. I § 47 II 2, S. 671; ferner die erwähnte Entscheidung des BAG GS und die seitherige ständige Rechtsprechung.

116 Z.B. Urteil des Zweiten Senats vom 21.10.1954, BAG AP Nr. 1 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 28 Rückseite; Urteil desselben Senats vom 12.5.1955, BAG AP Nr. 2 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 362 Rückseite; nach Schaub, § 39 I 2, S. 128, sind Kettenarbeitsverträge "aus sozialstaatlichen Gründen" unzulässig.

117 Werner AöR 81, 84 ff. (93) spricht in der Kommentierung dieser Entscheidung sogar davon, daß der Fürsorgegedanke, mit dem man früher zu einer ähnlichen Entscheidung hätte gelangen können, hier von einem neuen Grundsatz abgelöst werde. Frey, AuR 1961, 298 ff.: Dieser Gedanke setze dem anderen Extrem - der Bagatellisierung und Eliminierung des Sozialstaatssatzes - das Gegengewicht.

des LAG Hamburg verwiesen, das diese Kritik zusammenfaßte:[118] Die Grundrechte der Bundesverfassung ließen nicht erkennen, ob der Grundsatz der Vertragsfreiheit dem Sozialstaatsprinzip gegenüber nachrangig sei; letzteres sei unbestimmt, verschwommen und zu allgemein, jedenfalls weniger faßlich als der Begriff der Fürsorgepflicht.
Abgesehen davon, daß beide Wege - Sozialstaatsprinzip oder Fürsorgepflicht - zu einer Modifizierung der Abschlußfreiheit bei Kettenarbeitsverträgen führen, abgesehen auch davon, daß die Fürsorgepflicht nicht minder konkretisierungsbedürftig ist als das Sozialstaatsprinzip, wird folgendes zu bedenken sein: Zwar bezieht sich das BAG seit der Entscheidung des Großen Senats auf Art. 20 I, 28 I GG (Sozialstaatsprinzip) nicht mehr, jedenfalls nicht mehr ausdrücklich. Deswegen könnte man auch meinen, daß der Kritik z.B. des LAG Hamburg am Sozialstaatsprinzip durch die Gerichtspraxis der Boden entzogen sei.

Dennoch spielt der Sozialstaatssatz, wenngleich nicht direkt, so doch aber im Hintergrund der jetzigen Spruchpraxis eine vielleicht sogar entscheidende Rolle: Einmal wies der Große Senat die Konstruktion der beschränkten Abschlußfreiheit bei Kettenarbeitsverträgen, die vom Sozialstaatsprinzip ausging, nicht zurück, zum anderen ging er ebenfalls wie die Senate des BAG in den vorangegangenen Entscheidungen vom Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses aus.[106]
Nun ist es die Zielrichtung des Kündigungsschutzrechts, den Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses zu verwirklichen. Da dieser Gedanke Ausdruck des Sozialstaatsprinzips ist,[119] ist das Kündigungsschutzrecht gleichzeitig eine Konkretisierung dieses Verfassungsprinzips. Nach Erman/Küchenhoff[120] habe das

---

118 AP Nr. 3 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 36 Rückseite m.w.N.; das Gericht geht der Kritik nicht näher nach. In jenem Fall stützte es sich darauf, daß sowohl der Gedanke der Sozialstaatlichkeit als auch der Gedanke der Fürsorgepflicht zum gleichen Ergebnis führte.

119 Wie auch das BAG z.B. in der Vorläuferentscheidung AP Nr. 1 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 28 Rückseite sagt; vgl. ferner die Entscheidungen, die unter Fn. 107 angegeben sind.

120 BGB § 620 Rdnr. 10.

BAG damit (auf diesem Sektor) die ihm gem. § 45 II 2 ArbGG obliegenden Pflicht zur Rechtsfortbildung in hervorragender Weise gelöst: Es habe unter Beachtung des Grundsatzes der Sozialstaatlichkeit aus dem Sinn des KSchG einen Bestandsschutz für den Arbeitsplatz geschaffen und dadurch einen weitgehenden praktischen Limitierungsschutz bereits im wirkenden Recht gestaltet.
Rund sechs Jahre später rückte der Große Senat des BAG von der Bestandsschutz-Argumentation des 2. Senats[116] nicht ab, sondern setzte die Umgehung des KSchG mit dem Verlust (dem "Berauben") des Bestandsschutzes gleich.[121]
Indem der Große Senat den Gesichtspunkt der objektiven Gesetzesumgehung in dieser Weise auf das Kündigungsschutzrecht bezog, verwies er damit im Grunde auf die Umgehung einer konkretisierten Form des Sozialstaatsgrundsatzes. Folgt man dieser Ansicht, so stehen sich die beiden Konzeptionen (Verbot der Gesetzesumgehung und Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips als Schranke der Vertragsfreiheit bzw. Abschlußfreiheit) nicht kontrovers gegenüber. Auch die Entscheidung des Großen Senats zeigt, daß dieser von der Verbindlichkeit des Sozialstaatsprinzips gegenüber dem Grundsatz der Abschlußfreiheit - zumindest stillschweigend - ausgegangen sein mußte. Ist das so, so wird man dem auch den Rang der von Erman/Küchenhoff beschriebenen Rechtsfortbildung beimessen müssen (§ 45 II 2 ArbGG). Deswegen ist die erwähnte Kritik des LAG Hamburg[118] nicht vertretbar.

Dies ist eine Parallele zu der hier zu überprüfenden Abschlußfreiheit der Arbeitgeber gegenüber Rehabilitierten und Behinderten, und zwar insofern, als das Sozialstaatsprinzip für die Modifizierung der Abschlußfreiheit im Arbeitsrecht immerhin eine wesentliche Rolle spielt.
Eine analoge Anwendung dieses Lösungswegs auf das hier zu diskutierende Problem wäre aber bedenklich: Er ist zu sehr auf eine bestimmte, konkretisierte Form des Sozialstaatsprinzips zugeschnitten, nämlich die Bestandsschutzgarantie zugunsten

---

121 BAG GS a.a.O., S. 315 Rückseite, vgl. oben Fn. 106.

der Arbeitsplätze. Es geht dabei also darum, daß Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz, den sie schon besitzen, dauernd behalten können. Dagegen ist der Lösungsweg, was bei einer analogen Anwendung u.a. vorausgesetzt werden müßte, nicht darauf ausgerichtet, die Chancen zum erstmaligen Abschluß eines Arbeitsvertrages zu erhöhen.

Ganz anders vertreten W o l f / v a n G e l d e r [122] zum Bereich der Kettenarbeitsverträge die Ansicht, die rechtsgeschäftliche Freiheit zur Begründung befristeter Arbeitsverhältnisse sei inhaltlich nicht beschränkt. Der erneut befristete Arbeitsvertrag ende gem. § 620 I BGB daher stets mit Ablauf der vereinbarten Zeit, denn es entscheide allein der Wille der Vertragsparteien. Lediglich dann, wenn die Befristungsabrede zum Schein getroffen sei (§ 117 BGB), solle das Arbeitsverhältnis entgegen dem Wortlaut der Parteierklärung unbefristet sein.[123]

Diese Ansicht hat sich, soweit ersichtlich, nicht durchsetzen können; sie würde zur allgemeinen Vertragsfreiheit auf dem Gebiete der mehrfach befristeten Arbeitsverhältnisse zurückkehren und der aufgezeigten, abgeschlossenen Entwicklung zuwiderlaufen.[124]

Sie würde darüber hinaus - von der rechtssystematischen Einordnung des Arbeitsrechts aus betrachtet - zu einer engen Verbindung zwischen dem bürgerlichen Recht und dem Arbeitsrecht führen. Sie würde verkennen, daß der Grundsatz der Vertragsfreiheit selbst im bürgerlichen Recht - wie dargelegt - nicht absolut gilt, und sie würde eine Regelungsfunktion im Hinblick auf soziale Spannungszustände von vornherein leugnen müssen.

---

122 In der Anm. zu BAG SAE 1970, 121 f. (= AP Nr. 31 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag), 122 ff.

123 A.a.O. S. 125. Zum Scheingeschäft führen sie aus: "Sind sich die Vertragsparteien einig, daß nach Ablauf der (vereinbarten) Frist ein neues Arbeitsverhältnis geschlossen wird und nach dessen Ablauf ein weiteres und so fort, so sind sie sich darüber einig, daß die Arbeitsleistung während einer beim ersten Vertragsabschluß noch nicht bestimmten Zeit zu erbringen und zu vergüten sein, also ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit begründet werden soll." Durch das in Wirklichkeit befristete Geschäft sei ein unbefristetes verdeckt. Dies sei zustande gekommen.

124 Vgl. zur Kritik in diesem Sinne auch Wiedemann, Anm. zu BAG AP Nr. 35 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 873 Rückseite.

Auf dieser Linie liegt auch die vom BAG[125] gegen Wolf/van Gelder bezogene Stellungnahme. Dort stellt das BAG zutreffend fest, bei Wolf/van Gelder finde sich kein Hinweis darauf, daß sich das spezifische Verhältnis des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber von anderen vertraglichen Rechtsverhältnissen qualitativ unterscheide. Nach Ansicht des BAG lassen die Autoren arbeitsrechtliche Überlegungen völlig unberücksichtigt; sie konstruierten an der Wirklichkeit vorbei, wenn sie annähmen, Arbeitnehmer könnten die Vertragsbedingungen beliebig aushandeln.

Dies ist zutreffend und realistisch, wobei das BAG darauf hinwies, daß Arbeitnehmer ihren wirtschaftlichen Interessen typischerweise im Rahmen eines Einzelarbeitsvertrages nur begrenzt Geltung verschaffen könnten.[126]
Somit verbleibt es - wie auf dem Gebiet der Kettenarbeitsverträge - für die Beschränkung der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber gegenüber medizinisch Rehabilitierten und Behinderten bei der g r u n d s ä t z l i c h e n Bedeutung des Sozialstaatsprinzips.

Als Ergebnis ist weiterhin festzuhalten, daß das Recht der Kettenarbeitsverträge den Grundsatz der Privatautonomie durchbricht - ein Befund, der mit den oben[127] skizzierten Einschränkungen der Abschlußfreiheit im Privatrecht außerhalb des Arbeitsrechts übereinstimmt. Ohne Rücksicht auf rechtssystematische Überlegungen zur Einordnung des Arbeitsrechts in die Rechtsordnung wird man schon jetzt eine auch im außergesetzlichen Arbeitsrecht durchweg verbindliche Geltung der Abschlußfreiheit bestreiten müssen.

---

125 In AP Nr. 35 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 870 Rückseite.

126 A.a.O. Bl. 871 und weiter: "Dieser Gegebenheit trägt der Gesetzgeber durch das sogenannte Arbeitnehmerschutzrecht im weiten Sinne (z.B. AZO, BUrlG, KSchG) Rechnung. Dann kann es aber auch die Rechtsprechung nicht hinnehmen, wenn vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten zu Ergebnissen führen, die die Rechtsordnung mißbilligt..."

127 Vgl. oben II 2, S. 171 ff.

b) Wiedereinstellungsgebot nach Kündigung wegen Verdachts einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen schweren arbeitsvertraglichen Verfehlung und Einschränkung der Abschlußfreiheit

Speziell im Arbeitsrecht ist ein Rechtsinstitut entwickelt worden, das ebenfalls in den hier aufzuarbeitenden Kreis von Fällen einer Modifizierung der Abschlußfreiheit fällt: das Wiedereinstellungsgebot zu Lasten des Arbeitgebers, der einem Arbeitnehmer wegen des Verdachts einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen schweren arbeitsvertraglichen Verfehlung außerordentlich fristlos kündigte.[128] Das Wiedereinstellungsgebot kommt in Betracht, wenn der Verdacht, auf Grund dessen dem Arbeitnehmer wirksam gekündigt wurde, später entkräftet oder sogar die Unschuld des Arbeitnehmers nachgewiesen wird.

Der BGH stützt das Wiedereinstellungsgebot nach einer außerordentlichen Verdachtskündigung des Arbeitnehmers auf den Gesichtspunkt der nachwirkenden Vertragspflicht, welche sich aus § 242 BGB und auf Grund der sich daraus ableitenden Fürsorgepflicht ergebe.[129] A. H u e c k stimmt dieser Entscheidung zu,[130] indem er besonders auf das überragende Rehabilitationsinteresse eines schuldlos in Verdacht geratenen Arbeitnehmers hinweist. Dies ist die im Schrifttum durchweg vertretene Ansicht.[131] Sie bezieht sich auf ein spezielles Spannungsverhält-

128 BGH AP Nr. 2 zu § 611 BGB "Fürsorgepflicht", Bl. 111, und BAG AP Nr. 13 zu § 626 BGB "Verdacht strafbarer Handlung" m.w.N. auf Bl. 945 R. halten die fristlose Kündigung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses auf den bloßen Verdacht hin unter strengen Voraussetzungen grundsätzlich für zulässig. Die h.M. im Schrifttum folgt dem, durchweg den Ausnahmecharakter einer solchen Kündigung betonend (vgl. Erman/Küchenhoff § 626 Rdnr. 56; Hueck/Nipperdey Lb. Bd. I, § 59 III 6, S. 585 f. m.w.N.; Nikisch Lb. Bd. I, § 50 II 5 b, S. 729 m.w.N.; Schnorr von Carolsfeld Anm. zu BAG AP Nr. 13 zu § 626 BGB "Verdacht strafbarer Handlung", Bl. 507). Gegen die Zulässigkeit Frey, Quelle 1954, 452 f., 453; ders. Quelle 1955, 476 unter Hinweis auf das Prinzip des Sozialrechtsstaates und den Grundsatz in dubio pro reo; Joachim, AuR 1964, 33 ff. (38), der auf die StPO verweist.

129 BGH AP Nr. 2 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht, so auch BAG AP Nr. 3 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht, ferner BAG AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung m.w.N.

130 In der Anm. zu BGH AP Nr. 2 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht, Bl. 113 ff.

131 Vgl. z.B. Hueck/Nipperdey Lb. Bd. I, § 48 III 8, S. 416 mit Fn. 98; Nikisch Lb. Bd. I, § 50 II 5 b, S. 730 m.w.N.; Palandt/Putzo § 611 Anm. 8 a; Erman/Küchenhoff BGB § 620 Rdnr. 73.

nis: einerseits tritt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung endgültig ein, andererseits wirken im Arbeitsrecht Fürsorge- und Treuepflicht über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus weiter.
Wegen dieses Spannungsverhältnisses müßten daher Ereignisse oder Entwicklungen außer Betracht bleiben, die nach Ausspruch der Kündigung zu einer günstigeren Beurteilung des Kündigungstatbestandes führen und die ex nunc wirken: Die Kündigung könne nach ihrem Ausspruch nur beseitigt werden, wenn sie sich nachträglich als ungerechtfertigt herausstelle, weil der ihr zugrunde gelegene wichtige Grund in Wirklichkeit nicht bestehe. Dies sei der Fall, wenn ein Ereignis eintrete, das ex tunc wirke - der Verdacht, eine strafbare Handlung begangen zu haben, falle etwa auf Grund eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens weg.
Da die Entlassung immerhin berechtigt war, kommt nach der angeführten Literatur ein Wiedereinstellungsgebot nur bei einem vorrangigen Interesse des (früheren) Arbeitnehmers auf Wiedereinstellung in Betracht, nämlich bei einem Rehabilitierungsinteresse. Ihm müsse der Arbeitgeber gem. § 242 BGB (nachwirkende Fürsorgepflicht) Rechnung tragen.[132]
Bedenkt man, welcher Stellenwert dem Interesse des Arbeitnehmers an einer Rehabilitierung seines Ansehens eingeräumt wird, so ergibt sich allgemein folgendes: Die Rangstelle dieses Interesses ist derart wertvoll, daß sie die Abschlußfreiheit des Arbeitgebers zu modifizieren vermochte. Zu dieser Modifizierung führte eine Entwicklung, die die Konstruktion der nachwirkenden Fürsorgepflicht des Arbeitgebers berücksichtigte. Die Beschränkung der Abschlußfreiheit in diesen Fällen ist damit ein Ergebnis, das speziell im Arbeitsrecht und unabhängig von sonstigen Beschränkungen des Privatrechts oder nur des bürgerlichen Rechts anerkannt wurde.

---

132 So befürwortet Larenz (Gemeinschaftsanm. zu BAG AP Nr. 3, 4 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht, Bl. 118 f., 119 unter 3 einen Wiedereinstellungsanspruch ausnahmsweise aus dem Gesichtspunkt der Rehabilitierung als einem Sonderfall, ist sonst in dieser Beziehung aber skeptisch.

Mit der entscheidenden Anbindung des Wiedereinstellungsanspruchs an das Rehabilitierungsinteresse wird gleichzeitig dem sozialen Schutzprinzip Rechnung getragen. Gibt man nämlich diesem Interesse statt, so verschafft[+] auf sozialem Gebiet dem ehemals verdächtigten und deswegen entlassenen Arbeitnehmer erneut die Sicherheit des Arbeitsplatzes und psychisch Genugtuung. Der besondere Stellenwert des Rehabilitierungsinteresses ist dadurch sogar verfassungsrechtlich durch das Sozialstaatsprinzip beeinflußt.
Das wird durch die Rechtsprechung des BVerfG in der sog."Lebach"-Entscheidung[133] bestätigt, welche die Pflicht des Staates zur Resozialisierung Straffälliger[134] aus dem Sozialstaatsprinzip herleitet. Jene Gedanken übertragen sich auf das Arbeitsrecht, weil sich das Sozialstaatsprinzip auch auf das Arbeitsrecht auswirkt.
Somit ergibt sich die weitere besondere Folge: Das vorstehend erörterte Wiedereinstellungsgebot ist im Arbeitsrecht nicht nur unabhängig von etwaigen rechtssystematischen Bindungen an das übrige Privatrecht bzw. bürgerliche Recht entwickelt worden, sondern es steht ebenfalls unter dem Einfluß des Sozialstaatsgrundsatzes. Gleichzeitig ist dies eine Ausnahme von der grundsätzlich unbeschränkten Privatautonomie. Ihr besonderer Charakter besteht darin, daß sie an ein zuvor bestandenes Arbeitsverhältnis anknüpft und aus diesem Tatbestand heraus zu einer Abschlußpflicht der Arbeitgeber führt.

c) Einstellungsfragen (-fragebögen) und Einschränkung der Abschlußfreiheit

Arbeitgeber setzen verständlicherweise vor die Einstellung von Arbeitnehmern den Fragebogen bzw. stellen Fragen, um sich über die Bewerber zu informieren. Bewerber versuchen oftmals - was

---

133 BVerfG NJW 1973, 1226 ff. (1231), vgl. hierzu die Überlegungen im Zweiten Teil 2. Kap. IV 3, S. 136 f.

134 Auch hier ist darauf hinzuweisen, daß eine Wiedereingliederung der Straffälligen in die Gesellschaft ohne Wiedereingliederung in eine berufliche Entwicklung - Rehabilitation auf beschriebenem sozialem Gebiet - nicht möglich ist.

+ man

vielfach sicherlich auch verständlich ist - ihre Chancen durch unrichtige Beantwortung der einen oder anderen Frage zu verbessern.
Es ist problematisch,[135] welchen Umfang das Fragerecht der Arbeitgeber hat und welche Sanktionen bestehen, wenn Bewerber ihre - dem Fragerecht entsprechende - Offenbarungspflicht verletzen. Das Problem kann hier nicht vertieft werden, insbesondere muß auf die Darstellung der verschiedenen Konstruktionen und Lösungsansätze verzichtet werden: Der Schwerpunkt dieser Fragestellung besteht darin, ob beim Bestehen einer Offenbarungspflicht von einer Beschränkung der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber wird die Rede sein können (darf der Arbeitgeber Fragen stellen, die nicht der Offenbarungspflicht unterliegen und auf Grund diesbezüglicher Antworten die Einstellung verweigern?). Er zielt damit auf den Kreis etwa bestehender Modifizierungen der Abschlußfreiheit ab, welche für eine Rechtsanalogie auf Rehabilitierte und Behinderte in Frage kommen.
Als Ausgangspunkt sollen - das Problem kennzeichnend - zwei Entscheidungen des BAG referiert werden.

aa) Umfang des Fragerechts der Arbeitgeber

In der Entscheidung vom 5.12.1957 sagt der 1. Senat des BAG,[136] nicht jede falsche Angabe in einem dem Bewerber vorgelegten Fragebogen stelle eine arglistige Täuschung i.S.d. § 123 I BGB dar.[137] Der Tatbestand der Arglist sei vielmehr erst dann erfüllt, wenn der Bewerber eine falsche Antwort auf eine zulässigerweise gestellte Frage gebe. Indiskrete Fragen seien geeignet, in die rechtlich geschützte Individualsphäre des Arbeitnehmers unzulässigerweise einzudringen. Die wahrheitswidrige

---

135 Vgl. hierzu die umfangreiche Übersicht über die Meinungen im Schrifttum bei Hofmann, ZfA 1975, 1 ff. (6 ff.).

136 BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB, Bl. 233 ff.

137 Eine Anfechtbarkeit wegen Eigenschaftsirrtums gem. § 119 II BGB verneinte der Senat, weil der Makel, bestraft zu sein, für die in Aussicht genommene Tätigkeit keine verkehrswesentliche Eigenschaft des Arbeitnehmers war.

Antwort auf eine solche Frage könnte aus diesem Grunde dann nicht arglistig sein. In dieser Entscheidung sah das BAG die Befragung des Bewerbers nach Vorstrafen als unzulässig an. Der Senat differenzierte:
Nur unter sinnvoller Beschränkung auf dasjenige Strafrechtsgebiet, welches für den zu besetzenden Arbeitsplatz wichtig sei, dürfe die Frage gestellt werden. Generell seien solche Fragen jedenfalls nicht zulässig. Verneine der Bewerber eine ihm unzulässigerweise gestellte Frage nach Vorstrafen wahrheitswidrig, so sei das nicht arglistig i.S. d. § 123 I BGB.[138] Bemerkenswert ist, daß[+] diese Differenzierung ausdrücklich im Interesse der Resozialisierung des Straffälligen für erforderlich hielt: Die Erschwerung der Resozialisierung des Gestrauchelten solle vermieden werden und der sich redlich um einen Arbeitsplatz bemühende Vorbestrafte dürfe nicht in unnötigen Gewissenskonflikt gebracht werden.[139]
Am 12.11.1961 judizierte der 2. Senat des BAG[140] im Anschluß an die eben dargestellte Entscheidung, zwar sei an der Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Fragen festzuhalten, die Frage nach der Schwangerschaft[141] könne der Arbeitgeber bei Einstellungsverhandlungen aber grundsätzlich stellen. Anders als im Falle der Vorstrafen eines Bewerbers könne er dies ohne Rücksicht darauf, welchen Arbeitsplatz die

---

138 Zustimmend A. Hueck bei Hueck/Nipperdey Lb. Bd. I, § 32 IV 2, S. 194 mit Fn. 49; ders. in der Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB; Larenz in der Anm. zu BAG AP Nr. 15 zu § 123 BGB, Bl. 1255 ff. (1255 R.); Nikisch Lb. Bd. I § 52 II 4 b, S. 815, sämtliche m.w.N.; Richardi Betriebsverfassung a.a.O. S. 35; ders. bei Dietz/Richardi, BetrVG § 94 Rdnr. 16; das ist heute allgemeine Meinung.

139 A.a.O. Bl. 234 Rückseite. Das Resozialisierungsinteresse unterstreicht besonders Larenz in der Anm. zu BAG AP Nr. 15 zu § 123 BGB, Bl. 1255 ff. (1255 R.).

140 BAG AP Nr. 15 zu § 123 BGB mit zustimmender Anm. von Larenz, der auf den Unterschied zwischen diesem und jenem Fall der Vorstrafen hinweist: in jenem Fall kam es auf die wünschenswerte Resozialisierung des Straffälligen an, in diesem Falle spielt dieses Bedenken keine Rolle.

141 Die Arbeitnehmerin hatte die bestehende Schwangerschaft bei den Einstellungsgesprächen auf Frage hin wahrheitswidrig verneint; der Arbeitgeber hat seine Willenserklärung angefochten.

+ das BAG

Bewerberin einnehmen soll. Die Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin bürde dem Arbeitgeber nicht nur erhebliche finanzielle Lasten auf, sondern erschwere auch in beträchtlichem Umfange durch Beschäftigungsverbote, Schutzzeiten u.a. den betrieblichen Arbeitsablauf. Der Arbeitgeber habe "deshalb ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse daran, bereits im Laufe der Einstellungsverhandlungen zu erfahren, ob die Bewerberin um den offenen Arbeitsplatz in anderen Umständen ist. Diese Feststellung ist erforderlich, damit sich der Arbeitgeber nicht unerwartet den Geboten des Mutterschutzrechts gegenübersieht".[142]

Demnach ist die schwangere Bewerberin in jedem Falle verpflichtet, wahrheitsgemäß zu antworten; verneint sie der Wahrheit zuwider diese Frage, dann ist die darin liegende Täuschung des Arbeitgebers arglistig i.S.d. § 123 I BGB, sofern sie vorsätzlich geschieht, um durch diese bewußt unwahre Erklärung den Arbeitsplatz zu bekommen.[143] Allerdings meint Nikisch[144] wie im Vorstrafenfall, daß die Frage nach einer Schwangerschaft der Bewerberin allgemein unzulässig sei. Zulässig sei sie erst, wenn der in Aussicht genommene Arbeitgeber einen durch die Eigenart des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigten Grund zu der Frage hat.

Diese Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Fragen auch in Schwangerschaftsfällen mit den sich daraus ergebenden unterschiedlichen Rechtsfolgen bei wahrheitswidrigen Antworten ändert jedoch nichts an dem auch hiernach zulässigen Frage- und Anfechtungsrecht des Arbeitgebers. Die restriktive Handhabung dieses Rechts bei der Anbahnung von Arbeitsverhältnissen und ein davon abhängendes Recht zur Anfechtung wegen

---

142 A.a.O. Bl. 1254.

143 Der Senat verneinte die Anfechtbarkeit gem. § 119 II BGB, weil die Schwangerschaft nicht wesentliche Eigenschaft der Arbeitnehmerin sei, schon deswegen nicht, weil die Schwangerschaft kein Dauerzustand sei. Vgl. hierzu auch Gamillscheg in der Festschrift für Molitor, S. 78 f., der die Anfechtbarkeit nach § 119 II BGB ebenfalls verneint - jedoch nicht wegen Fehlens der verkehrswesentlichen Eigenschaft, sondern aus rechtssystematischen Gründen: Der Mutterschutzzweck verdränge die Anfechtbarkeit nach § 119 Abs. 2 BGB.

144 Lb. Bd. I, § 52 II 4 b, S. 815 m.w.N.; Richardi bei Dietz/Richardi BetrVG § 94 Rdnr. 17; ders. Betriebsverfassung, S. 36 f.

arglistiger Täuschung ist allgemein anerkannt:[145] Ist die Anfechtung gem. § 123 BGB angesichts wahrheitswidriger Antworten auf zulässige Fragen (bzw. bei Schwangerschaftsfällen nach teilweise vertretener Meinung generell) möglich, so kann Arbeitgebern nur das Recht zugebilligt werden, zulässige Fragen zu stellen. Welche Fragen zulässig sind, ergibt eine gesetzliche oder gesetzeskongruente Interessenabwägung.

bb) Beschränkung der Abschlußfreiheit auf Grund des beschränkten Anfechtungsrechts

Fraglich ist, ob in diesen Regeln eine Beschränkung der Abschlußfreiheit des Arbeitgebers liegt. Man könnte nämlich meinen, daß der Bereich unzulässiger Fragen dem Dispositionsvermögen des Arbeitgebers anläßlich seiner Entscheidungen über Bewerbungen entzogen ist: Dann ist die Folge denkbar, daß der Arbeitgeber Einstellungen unter Hinweis auf Informationen nicht ablehnen kann, die er auf Grund unzulässiger Fragen an den Arbeitnehmer oder auch nur zufällig (und ebenfalls dem Bereich unzulässiger Fragen unterfallend) erhalten hat.

Das BAG ist offensichtlich der Ansicht, daß sich seine Judikatur auf die Abschlußfreiheit der Arbeitgeber nicht auswirke. In der Schwangerschaftssache führte das Gericht aus,[146] das generelle Fragerecht des Arbeitgebers nach Schwangerschaften ergebe sich aus der beiderseitigen Lage der Parteien vor Vertragsabschluß. Während der Einstellungsverhandlungen seien beide Teile in ihren Entschlüssen frei, von einer Rechtsstellung des Bewerbers, daß Rechte geltend gemacht werden könnten, könne man nicht sprechen.
Hierin kommt unzweideutig das Bekenntnis des Gerichts zum Ausdruck, an der uneingeschränkten Abschlußfreiheit auch des Arbeitgebers festzuhalten. Folgt man dem, dann erscheint hiermit aber die an Hand des Vorstrafenfalles erstmalig unternommene und

---

145 Vgl. hierzu Hueck bei Hueck/Nipperdey Lb. Bd. I, § 32 IV 2, S. 194 mit Fn. 49, § 69 III 8 b, S. 732 f.; Leipold, AuR 1971, 161 ff. m.w.N., bes. S. 162 f.; Schaub, § 27 III, S. 78 ff.; Nikisch Lb. Bd. I, § 20 IV 2 b, S. 189, § 52 II 4 b, S. 815.

146 BAG AP Nr. 15 zu § 123 BGB, Bl. 1253 ff. (1254).

jetzt allgemein vertretene restriktive Handhabung des Fragerechts der Arbeitgeber unvereinbar.[147]
Es kann angesichts des gestellten Themas der Arbeit dahinstehen, in welcher Weise dieser Widerspruch zu lösen sein wird. Eines liegt jedoch auf der Hand: Erklärt man - wie allgemein vertreten - nur bestimmte Fragen der Arbeitgeber bei Einstellungsverhandlungen für zulässig, dann verwehrt man es Arbeitgebern, ihre Entschließung zum Abschluß von Arbeitsverträgen von den insofern gesperrten Erwägungen abhängig zu machen. In dieser Beschränkung der Arbeitgeber auf zulässige Fragen (falsche Antworten auf unzulässige Fragen bleiben folgenlos, die Anfechtung gem. § 123 BGB ist dann ausgeschlossen, die wahrheitswidrige Antwort auf eine unzulässige Frage privilegiert den "Lügner") liegt konsequenterweise eine Beschränkung der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber. Hat nämlich der Arbeitgeber nach den Regeln über die Beschränkung seines Anfechtungsrechtes keine Möglichkeit, sich aus dem Arbeitsverhältnis zu lösen, so gilt entsprechendes für die Anbahnung bzw. den Abschluß des Arbeitsverhältnisses. Ist der Katalog zulässiger Fragen "abgehakt" und hat sich der Arbeitgeber zur Einstellung entschlossen, erfährt er aber vor dem Vertragsschluß zufällig Negatives über den Bewerber, das unzulässige Fragen betrifft, so dürfte er seine nunmehr gefaßte Ablehnung jedenfalls nicht auf diese Information stützen.[148]

Im eingesehenen Schrifttum wird der Schluß von der Begrenzung des Fragerechts auf die Begrenzung der Abschlußfreiheit allerdings nur vereinzelt unternommen. So meint H a n a u [149] zutreffend, daß die Begrenzung des Fragerechts nur eine halbe Sache sei. Vollständig werde der damit verbundene Zweck erst erreicht, wenn es dem Arbeitgeber verboten werde, die Auswahl

---

147 Auf diesen Widerspruch weist z.B. Leipold, AuR 1971, 161 ff. (164) hin.

148 Ob es konsequent ist, von dieser Beschränkung der Abschlußfreiheit auf einen arbeitsrechtlichen Kontrahierungszwang der Arbeitgeber zu schließen, also im skizzierten Bereich dem Bewerber einen Anspruch auf Einstellung zu geben, kann wegen des Untersuchungsgegenstandes dieser Arbeit offenbleiben.

149 Bei Hanau/Adomeit, S. 139 f.

unter Bewerbern von Umständen abhängig zu machen, nach denen er nicht fragen dürfe.[150]
Bei konsequenter Betrachtungsweise liegt damit nach der hier vertretenen Ansicht in der Beschränkung des Fragerechts der Arbeitgeber gleichzeitig eine Beschränkung ihrer Abschlußfreiheit. Diese Modifizierung der Abschlußfreiheit im Arbeitsrecht vermeidet es, Stellenbewerbern etwa diskriminierende oder persönlichkeitsrechtsverletzende Fragen zu stellen. Deswegen handelt es sich bei den Grundsätzen der Rechtsprechung ebenfalls um eine auf den speziellen Fall zugeschnittene Korrektur.
Ihre sachverhaltsmäßigen Ausgangspunkte sind mit den Bewerbungen von medizinisch rehabilitierten und behinderten Arbeitsuchenden allenfalls insofern vergleichbar, als der Persönlichkeitsschutz der voll zu rehabilitierenden Stellenbewerber mit dem der zu resozialisierenden (Vorstrafenentscheidung des BAG) die gleiche Bedeutung hat.
Die vom BAG entwickelten Grundsätze eignen sich für eine analoge Anwendung auf die berufliche Rehabilitation jedoch nicht, weil das Gericht die hier vertretene Konsequenz (Modifizierung der Abschlußfreiheit), soweit ersichtlich, bisher nicht gezogen hat. Hinzu kommt allerdings folgendes: Geht man von der Entscheidung des BAG in der Vorstrafensache aus, so müßte das dort eingeschränkte Fragerecht des Arbeitgebers unter Zugrundelegung der Judikatur des BVerfG in der "Lebach"-Sache nunmehr am verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz und am Sozialstaatsprinzip gemessen werden:
Die Pflicht des Staates zur Resozialisierung Straffälliger ist, wie bereits ausgeführt,[151] durch das Sozialstaatsprinzip begründet; aus der Sicht des einzelnen folgt aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ein Anspruch auf Resozialisierung ("besonderes Persönlichkeitsrecht auf Resozialisierung"). Der Sozial-

---

150 Vgl. auch Ramm, AuR 1963, 161 f.; Leipold, AuR 1971, 161 ff. (164).

151 Vgl. oben Zweiter Teil 2. Kapitel IV 3, ferner oben II 3 b, S. 185 ff.; BVerfG NJW 1973, 1226 ff. (1231) "Lebach".

staatssatz vermittelt das von Staats wegen zu befriedigende Resozialisierungsinteresse der Straffälligen ins Arbeitsrecht: Resozialisierung - von wenigen, etwa altersbedingten Ausnahmen abgesehen - ist nur bei gleichzeitiger beruflicher Wiedereingliederung erfolgreich,[152] so daß sie geradezu notwendige arbeitsrechtliche Ergänzung der Resozialisierung der aus dem Strafvollzug Entlassenen, sogar deren Bestandteil ist.

Ist nun aber das Resozialisierungsinteresse verfassungskräftig anerkannt, dann muß sich das Frage- und Anfechtungsrecht des Arbeitgebers, da das BAG für dessen restriktive Anwendung den Gedanken der Resozialisierung heranzog, folglich nach diesem verfassungsrechtlichen Rang ausrichten: dem Sozialstaatsprinzip und dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Persönlichkeitsschutz gem. § 1 I, 2 I GG.

d) Mitbestimmung des Betriebsrats in allgemeinen personellen Angelegenheiten (§§ 92 - 95 BetrVG, bes. §§ 94, 95) nach dem Betriebsverfassungsgesetz und Einschränkung der Abschlußfreiheit

Mit den vorstehenden Erörterungen unter c stehen als Ausschnitt aus dem Bereich der allgemeinen personellen Angelegenheiten (§§ 92 - 95 BetrVG) die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gem. §§ 94, 95 BetrVG in engem thematischem Zusammenhang. Sie basieren auf der generalklauselartigen Regelung des § 92 BetrVG, wonach der Arbeitgeber den Betriebsrat über die Personalplanung, insbesondere über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf sowie über die sich daraus ergebenden personellen Maßnahmen und Maßnahmen der Berufsbildung zu unterrichten hat.

Im Regierungsentwurf des BetrVG[153] ist festgehalten, daß dem Betriebsrat hierdurch "die Mitwirkung bei den allgemeinen personellen Grundsatzentscheidungen, die die Grundlagen für personelle Einzelentscheidungen bilden, eingeräumt" wird. Die eingangs hervorgehobenen besonderen Mitbestimmungsrechte des

---

152 Entsprechendes gilt natürlich erst recht für die Sozialisierung der Straffälligen und die Notwendigkeit ihrer beruflichen Habilitation.

153 BT-Drucks. VI/1786, S. 50.

Betriebsrats ergänzen dieses allgemeine Informationsrecht.[154]

Hier zeigt sich der enge thematische Zusammenhang mit den Ausführungen unter c. Der Betriebsrat kann verlangen, daß u.a. Personalfragen, persönliche Angaben in Formularverträgen (§ 94 BetrVG) und Auswahlrichtlinien u.a. bei Einstellungen (§ 95 BetrVG) seiner Zustimmung bedürfen.[155] Diesen Mitbestimmungsrechten liegt neben dem Persönlichkeitsschutz von Bewerbern erkennbar der Gedanke zugrunde, den Betriebsrat bereits dann einzuschalten, wenn personalplanerische Überlegungen des Arbeitgebers unmittelbar dessen Auswahlentscheidung bestimmen.[156]

Daher könnte man meinen, daß §§ 94, 95 BetrVG die Dispositionsfähigkeit des Arbeitgebers bei Einstellungsverhandlungen mit Bewerbern beschränken: Der Arbeitgeber kann einen Bewerber nur einstellen, wenn er sich bei der Einstellungsverhandlung an einem Rahmen orientiert, mit dem der Betriebsrat einverstanden[157] ist.

aa) § 94 BetrVG

Indessen ergibt schon der Wortlaut des § 94 BetrVG, daß der Betriebsrat nur ein auf den Inhalt bereits verfaßter Fragebogen bezogenes Zustimmungsrecht hat. Er hat hier kein Initiativrecht mit der Folge, daß er vom Arbeitgeber die Einführung und Aufstellung eines Personalfragebogens nicht verlangen kann. Ebensowenig kann der Betriebsrat auf den Arbeitgeber einwirken,

---

154 Kursorisch: § 92 BetrVG gibt dem Betriebsrat ein Beratungsrecht über Art und Umfang der erforderlichen Maßnahmen der Personalplanung und über die Vermeidung von Härten (Abs. 1 Satz 2) und ein Vorschlagsrecht für die Einführung einer Personalplanung und deren Durchführung (Abs. 2).

155 Bezüglich dieser Richtlinien hat der Betriebsrat in Betrieben mit mehr als 1000 Arbeitnehmern sogar ein Initiativrecht, § 95 II BetrVG.

156 Richardi, Betriebsverfassung und Privatautonomie, S. 33; ders. in Dietz/Richardi BetrVG. Vorbem. vor § 92 Rdnr. 4; Fitting/Auffarth/Kaiser BetrVG. § 92 Rdnr. 1.

157 Eine Zustimmung des Betriebsrats gem. § 94, die dem Persönlichkeitsschutz der Bewerber widersprechen (vgl. Regeln der Rechtsprechung zum Frage- und Anfechtungsrecht der Arbeitnehmer) würde, würde damit die unzulässige Fragestellung des Arbeitgebers in Fragebogen nicht zur zulässigen machen. Der Bewerber hat in einem solchen Falle keine Wahrheitspflicht.

daß der Fragebogen einen bestimmten Inhalt hat. Der Betriebsrat kann einem Entwurf des Arbeitgebers nur zustimmen oder ihn ablehnen. Liegt insofern die Initiative zur Einführung von Personalfragebogen allein beim Arbeitgeber, so beschränkt § 94 BetrVG dessen Abschlußfreiheit schon aus diesem Grunde nicht: Der Arbeitgeber kann sie - jedenfalls aus der Sicht des § 94 BetrVG - dadurch wahren, indem er Personalfragebogen nicht einführt.[158]

Sieht man von diesem Charakter des Mitbestimmungsrechts einmal ab, so hat es freilich diese besondere Funktion: Es kann verhindern,[159] daß in Personalfragebogen beliebige Fragen gestellt werden, deren wahrheitsgemäße Antworten dem Arbeitgeber sonst die Möglichkeit zu willkürlichen Auswahlentscheidungen geben könnten. § 94 BetrVG erreicht dadurch, daß die Kenntnis von Umständen, welche nach dem Willen des Betriebsrats für die Einstellung eines Bewerbers unwesentlich sind, außerhalb des Entscheidungshorizontes des Arbeitgebers bleiben sollen. § 94 BetrVG ermöglicht es dem Betriebsrat somit, das positiv zu erzwingen, was die oben unter c dargestellte restriktive Handhabung des Frage- und Anfechtungsrechts des Arbeitgebers negativ sichert.[160]
Eine unmittelbare Modifizierung der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber liegt hierin jedoch nicht. Erst wenn man die oben[161] vertretene Konsequenz für zutreffend hält, daß nämlich in der Begrenzung des Fragerechts des Arbeitgebers eine Beschränkung seiner Abschlußfreiheit liegt, so kann dem § 94 BetrVG diese Funktion beigemessen werden.

bb) § 95 BetrVG

Entsprechendes gilt für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats u.a. bei der Aufstellung von Auswahlrichtlinien für die

---

158 Es gelten dann die Regeln und Schlußfolgerungen, die oben unter c aufgeführt worden sind.

159 Wenn der Arbeitgeber Personalfragebogen eingeführt hat, so daß der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht geltend machen kann.

160 Ähnlich Richardi "Betriebsverfassung und Privatautonomie", S. 37.

161 Siehe c, bb) S. 191 ff. (192 f.).

Einstellung von Bewerbern, das als Zustimmungsrecht ausgestaltet ist (§ 95 I BetrVG).
Aber sogar dann, wenn dem Betriebsrat ein Initiativrecht gem. § 95 II BetrVG - bei Betrieben mit mehr als 1000 Arbeitnehmern kann der Betriebsrat den Arbeitgeber dazu zwingen, bestimmte Auswahlrichtlinien aufzustellen - zusteht, kann man § 95 BetrVG eine Beschränkung der Abschlußfreiheit nicht entnehmen. Der Betriebsrat kann den Arbeitgeber zur Einstellung nicht zwingen, wenn dieser sich trotz "abgehakten" Fragenkatalogs der Einstellungsrichtlinien zur Beschäftigung eines Bewerbers nicht entschließt. Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber die Einstellung wegen einer Eigenschaft des Bewerbers ablehnt, die zu berücksichtigen die Auswahlrichtlinien überhaupt verbieten.
Eine Analogie käme nur in Betracht, wenn man die oben vertretene Konsequenz für zutreffend hielte. Auch die Möglichkeiten des Betriebsrats gem. § 99 BetrVG greifen hier nicht ein, denn der Arbeitgeber ist zur Einstellung nicht gezwungen, "eine Nichteinstellung ist keine Einstellung im Sinne dieser Vorschrift".[162]

e) Schutz Auszubildender gem. § 78 a BetrVG[163] und Einschränkung der Abschlußfreiheit

Ein deutliches Beispiel für tatsächliche Einschränkungen der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber im Arbeitsrecht liegt in § 78 a II BetrVG. Er stellt Mitglieder u.a. des Betriebsrats oder der Jugendvertretung unter einen besonderen Schutz, sofern sie sich in der Ausbildung befinden: Sie können innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung ihrer Berufsausbildungsverhältnisse von ihren Ausbildern (den späteren Arbeitgebern) die Weiterbeschäftigung verlangen. In diesem Falle fingiert § 78 a II BetrVG für die Zeit nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit zwischen dem Auszubildenden und dem Arbeitgeber. Ein dem entgegenstehender Wille des Ausbildenden ist grundsätzlich

---

162 Gamillscheg in der Festschrift für Werner Weber, a.a.O. S. 803.

163 In Kraft seit dem 23.1.1974 auf Grund des Gesetzes zum Schutze in Ausbildung befindlicher Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen vom 18.1.1974 (BGBl. I, S. 85).

nicht rechtserheblich, wie auch das Verhältnis der Absätze 2 und 1 des § 78 a zeigt: Beabsichtigt der Ausbildende, ein in der Ausbildung befindliches Mitglied eines Betriebsverfassungsorgans nach Beendigung der Ausbildung nicht in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit zu übernehmen, so muß er dies dem Auszubildenden spätestens drei Monate vor der Beendigung der Ausbildung anzeigen. Dessen Erklärung innerhalb der letzten drei Monate der Ausbildung, er verlange die Weiterbeschäftigung, vermag die zeitlich vorher erklärte Ablehnung des Arbeitgebers (§ 78 a I BetrVG) zu verdrängen. Die Schutzbestimmung des § 78 a II BetrVG hebt damit die Abschlußfreiheit des Arbeitgebers auf.[164] Die Aufhebung ist allerdings relativ: Der Arbeitgeber kann beim Arbeitsgericht die Auflösung des - fiktiv wirksamen - Arbeitsverhältnisses beantragen, wenn ihm die Weiterbeschäftigung nicht zugemutet werden kann (§ 78 a IV BetrVG).

Im Ergebnis kommt die Wirkung des § 78 a II BetrVG einem Kontrahierungszwang gleich,[165] denn der Arbeitgeber muß sich kraft der gesetzlichen Fiktion so behandeln lassen, als ob er hat abschließen müssen.[166]

Die bis zum Inkrafttreten des § 78 a BetrVG ständige Recht-

---

164 Prinzipiell anders ist es gem. § 17 BerBildG (die "stillschweigende" Weiterarbeit des Auszubildenden im Anschluß an die Ausbildung ohne ausdrückliche Vereinbarung mit dem Arbeitgeber hat die gesetzliche Fiktion eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses zur Folge): § 17 BerBildG deckt nach seinem Wortlaut auch Fälle, in denen man ein rechtserhebliches Schweigen des Ausbildenden (Arbeitgebers) wird annehmen können, wenn er einen Ausgebildeten weiterbeschäftigt; es beläßt ihm die vorherige freie Willensbildung, die Weiterbeschäftigung abzulehnen und dies ausdrücklich zu erklären.

165 § 78 a II BetrVG zwingt den Arbeitgeber nicht zum Abschluß des Arbeitsvertrages, beugt damit also nicht dessen ablehnenden Willen bezüglich der Weiterbeschäftigung: der Arbeitgeber kann sie gem. § 78 a I BetrVG schriftlich ablehnen. Ein Kontrahierungszwang hingegen wirkt willensbeugend.

166 Einen "unmittelbaren" Kontrahierungszwang sahen noch der Gesetzentwurf der Fraktionen der SPD und FDP im Bundestag (BT-Drucks. 7/1170 vom 26.10.1973, S. 2) und der Fraktion der CDU/CSU (BT-Drucks. 7/1163 vom 25.10.1973, S. 2) vor. Der BT-Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung ging vom Kontrahierungszwang ab, weil die Regelung gem. § 78 a II BetrVG dem § 17 BerBildG entspreche (BT-Drucks. 7/1334 vom 3.12.1973, S. 2). § 78 a II BetrVG beschränkt also die Abschlußfreiheit des Arbeitgebers, enthält aber, wie § 17 BerBildG, keinen unmittelbaren Kontrahierungszwang.

sprechung[167] konstruierte einen solchen (unmittelbaren) Abschlußzwang, wenn auch unter den engeren Voraussetzungen des § 78 Satz 2 BetrVG: Danach konnte ein Auszubildender die Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis nur verlangen, wenn die diesbezügliche Weigerung des Ausbildenden sich als eine Benachteiligung gerade wegen dessen Tätigkeit in einem Betriebsverfassungsorgan erwies. Er konnte die Übernahme nicht verlangen, wenn sich der Ausbildende auf sachlich vertretbare Gründe einer Nichtweiterbeschäftigung berufen konnte.

Diesen auf das betriebsverfassungsrechtliche Benachteiligungsverbot gestützten Abschlußzwang konstruierte das BAG nach Grundsätzen des BGB: Das Benachteiligungsverbot gem. § 78 Satz 2 BetrVG sei ein Schutzgesetz gem. § 823 II BGB. Verweigere der Ausbildende die Weiterbeschäftigung nach den angeführten Merkmalen unberechtigt, so liege darin ein Verstoß gegen das Schutzgesetz. Dieser verpflichte den Arbeitgeber bei Verschulden zum Schadensersatz gem. § 823 II BGB. Schadensersatz sei dadurch zu leisten, daß der Arbeitgeber den Zustand herzustellen habe, der bestehen würde, wenn er die schädigende Handlung - die unberechtigte Weigerung der Weiterbeschäftigung - unterlassen hätte (§ 249 BGB). Dieser Zustand sei die Weiterbeschäftigung; sie müßte der Arbeitgeber herbeiführen, notfalls könnte sie durch richterliches Gestaltungsurteil erzwungen werden.
Die erwähnte Schutzfunktion des § 78 a BetrVG ist auf eine spezielle Situation zugeschnitten: "Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen sollen ihr Amt unabhängig und ohne Furcht vor nachteiligen Folgen gerade auch im Hinblick auf den Stand ihres Arbeitsverhältnisses und ihrer beruflichen Entwicklung" versehen können.[168] Die Vorschrift bezweckt mehreres: Sicherung der Funktionsfähigkeit insbesondere der Jugendvertretung; Gewährleistung einer kontinuierlichen Arbeit der in § 78 a I BetrVG genannten Betriebsverfassungsorgane; Schutz der Unab-

---

167 Vgl. zuletzt zusammenfassend BAG BB 1975, 701 f. (701), Urteil vom 12.2.1975.

168 So die einmütige Auffassung im BT-Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung (BT-Drucks. 7/1334, S. 2).

hängigkeit der Amtsführung; Förderung der Bereitschaft junger Auszubildender, sich für Aufgaben der Betriebsverfassung zur Verfügung zu stellen; Überbrückung einer früher bestehenden Phase der Rechtsunsicherheit: Nach bisherigem Recht waren Jugendvertreter in Betriebsverfassungsorganen während eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens schutzlos, wenn es sich in die Zeit nach Beendigung ihres Berufsausbildungsverhältnisses erstreckte. Bis zum rechtskräftigen Abschluß dieses Verfahrens sind Jugendliche heute durch die Fiktion gem. § 78 a II BetrVG gesichert.

Wegen dieses speziellen Zuschnitts auf betriebsverfassungsrechtliche Sicherung kann § 78 a BetrVG für eine Abschlußpflicht der Arbeitgeber gegenüber medizinisch Rehabilitierten und Behinderten analog nicht herangezogen werden. Zwar bewirkt § 78 a II BetrVG durch die Aufhebung der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber eine soziale Sicherung von Arbeitsplätzen. Das gilt ebenfalls für den erstmaligen Abschluß eines Arbeitsverhältnisses, so daß das hier zur Prüfung gestellte Problem der beruflichen Rehabilitation an diesen Gedanken angeknüpft werden könnte.

Diese Sicherung der Arbeitsplätze ist aber nicht das eigentliche, individual-arbeitsrechtliche Ziel des § 78 a II BetrVG, sondern eine notwendige Durchgangsstation auf dem Wege zu den genannten betriebsverfassungsrechtlichen Sicherungen. Damit besteht die durch Aufhebung der Abschlußfreiheit erreichte Sicherung von Arbeitsplätzen nicht ihrer selbst willen, sondern im Interesse eines höherrangig eingestuften betriebsverfassungsrechtlichen Schutzzwecks.

Hingegen rechtfertigte sich die soziale Sicherung der Arbeitsplätze der medizinisch rehabilitierten und noch behinderten Arbeitskräfte im Rahmen der beruflichen Rehabilitation aus sich selbst heraus: Die zu prüfende, etwa durch Beschränkung oder gar durch Aufhebung der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber herbeigeführte Sicherung wäre nicht das Mittel zur Erreichung eines höherrangigen Zieles, sondern selbst das Ziel.

f) Wiedereinstellungspflicht der Arbeitgeber im Arbeitskampfrecht und Einschränkung der Abschlußfreiheit

Für die Bestandsaufnahme besonders wichtiger, tatsächlicher Einschränkungen der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber im Arbeitsrecht sind schließlich die in der Rechtsprechung[169] entwickelten Grundsätze zum Arbeitskampfrecht, speziell zur Wiedereinstellungspflicht der Arbeitgeber beachtlich.[170] Im Interesse einer Sicherung der Arbeitsplätze führt das in dem Beschluß des Großen Senats des BAG vom 21.4.1971 erörterte, verfassungsrechtlich durch das Rechtsstaatsprinzip geforderte Verhältnismäßigkeitsprinzip regelmäßig zu einer Wiedereinstellungspflicht der Arbeitgeber nach Abschluß eines Arbeitskampfes: Bei einer Steigerung des Arbeitskampfes unter Lösung des rechtlichen Bandes zwischen Arbeitnehmern und dem Arbeitgeber durch Aussperrung (die Zulässigkeit einer lösend wirkenden Aussperrung ergibt sich an Hand eines Stufensystems, das der Große Senat des BAG entwickelte) entspräche es nach Ansicht des Gerichts nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn man den Bestandsschutz der Arbeitsverhältnisse völlig außer acht ließe.[171]

Der Senat weist darauf hin, daß ein Arbeitskampf der Erreichung begrenzter Ziele diene und nach seinem Ende im allgemeinen zur Fortsetzung der beiderseitigen Beziehungen und zur Wiederaufnahme der Arbeit führe. Eine Wiedereinstellung der lösend ausgesperrten Arbeitnehmer könne daher nicht allein im Belieben des Arbeitgebers stehen.

Eine solche Freiheit könnte sonst auch dazu führen, daß sich der Arbeitgeber unkontrolliert und unkontrollierbar von Arbeitsverhältnissen löst, die er als unbequem und lästig empfindet: "Es wäre dann nicht auszuschließen, daß der Arbeitgeber solche Arbeitnehmer nicht wieder einstellt, die nicht

---

169 BAG (GS) Beschluß vom 21.4.1971, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NJW 1971, 1668 ff.

170 Vgl. hierzu oben 1. Kapitel II 4, S. 147 ff. mit dem Hinweis auf die Schutzfunktion des § 18 VII SchwbG für die Sicherung der Arbeitsplätze von streikenden Schwerbehinderten und ihnen Gleichgestellten.

171 Vgl. NJW 1971, 1668 ff. (1672).

mehr so leistungsfähig sind, sei es, weil sie krank sind, sei es, daß sie älter sind oder gar ihre Kräfte im Betrieb verbraucht haben, und daß u.a. solche Arbeitnehmer nicht wieder eingestellt werden, die vom Arbeitgeber als treibende Kräfte des Arbeitskampfes angesehen werden".[172]

Demzufolge kommt der Große Senat zu dem Ergebnis, daß die Arbeitnehmer auch bei einer lösenden Aussperrung nach Beendigung des Arbeitskampfes einen Wiedereinstellungsanspruch nach billigem, gerichtlich nachprüfbarem Ermessen haben.[173] Dessen Voraussetzungen ergeben sich aus den Grenzen der Ermessensbetätigung und den Grundsätzen für eine richtige Ermessensausübung. Beachtlich sind dabei u.a. das Vorhandensein von Arbeitsplätzen nach Beendigung des Arbeitskampfes; sachgerechte Auswahl, wenn nach Kampfende nur ein Teil der Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden kann. Es liegt auf der Hand, daß der Große Senat an dieser Wiedereinstellungspflicht im Interesse des Bestandsschutzes der Arbeitsverhältnisse lösend ausgesperrter Arbeitnehmer festhält.

Führt man sich mit dem Senat[174] weiter vor Augen, daß der Arbeitskampf seinem Sinn und Zweck nach nicht Kampf zur Vernichtung des Gegners, sondern Mittel zur Erreichung eines Kampfzieles und anschließender Wiederherstellung des Arbeitsfriedens ist, so wird eines zusätzlich deutlich: Das erwähnte Bestandsschutzinteresse besteht nicht seiner selbst willen, sondern es ist unmittelbar verbunden mit der rechtlichen Institution "Arbeitskampf"; nicht die Notwendigkeit eines Bestandsschutzes selbst führt zu einem Wiedereinstellungsanspruch, sondern die Arbeitskampfsituation macht den Bestandsschutz notwendig. Die Wiedereinstellungspflicht soll ihn verwirklichen.

Dies ist mit der oben[175] dargestellten Schutzrichtung des § 18 VII SchwbG vergleichbar: Dort ist der Bestandsschutz der Arbeitsverhältnisse der Schwerbehinderten und der mit ihnen Gleichgestellten für notwendig erachtet worden, um dem Perso-

---

172 BAG (GS) NJW 1971, 1668 ff. (1672).

173 Bei der suspendierenden Aussperrung wird der Bestand der Arbeitsverhältnisse nicht berührt, ebenso nicht bei einem rechtmäßigen Streik.

174 NJW 1971, 1668 ff. (1672).

175 1. Kapitel II 4, S. 148 f.

nenkreis eine Solidarisierung frei von materieller Existenzgefährdung zu ermöglichen - die Solidarisierungsmöglichkeit bei Arbeitskämpfen ist das Hauptziel der Schutzrichtung des § 18 VII SchwbG. Daher ist sie auch hier, vom Gedanken der Wiederherstellung des Arbeitsfriedens getragen, der eigentlich bestimmende Grund für die Wiedereinstellungspflicht der Arbeitgeber im Arbeitskampfrecht.
Diese stellt zudem ein typisches Beispiel dar, in welcher Weise Grundsätze des Zivilrechts bzw. bürgerlichen Rechts im Arbeitsrecht modifiziert werden. Unabhängig von einer (richtigen) rechtssystematischen Einordnung des Arbeitsrechts liegt der Grund in dem hier vorgestellten Beispiel - wie der Beschluß des Großen Senats des BAG klar zeigt - in der Notwendigkeit, einen in der gesamten Rechtsordnung einzigartigen Vorgang des Arbeitskampfes zu regeln.
Dies, aber auch der oben behandelte Schutz Auszubildender gem. § 78 a BetrVG,[176] deutlicher vielleicht noch die Komplexe "Wiedereinstellungsgebot nach Kündigung wegen Verdachts strafbarer Handlung"[177] und "Einstellungsfragen (-fragebögen)"[178], begründen, daß letztlich auf Grund der Einmaligkeit solcher sozialer Spannungsverhältnisse Ordnungsaufgaben erwachsen, welche mit den herkömmlichen privatrechtlichen bzw. bürgerlich-rechtlichen Instrumentarien kaum gelöst werden können.
Es dürfte den Auffassungen G a m i l l s c h e g s[179] und S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d s[180] entsprechen, hier rechtssystematisch von einer verselbständigten Stellung des Arbeitsrechts auszugehen, so daß Modifizierungen z.B. der Abschlußfreiheit eher möglich sind.
Der Große Senat befaßt sich im vorliegenden Beispiel mit einer derartigen Ordnungsaufgabe. Die von ihm vertretene Lösung dieser Aufgabe führt dennoch nicht - wie man meinen könnte - zu einem absoluten Kontrahierungszwang.
Zunächst kommt nach Ansicht des Großen Senats eine Wiedereinstellung ohnehin nur in Frage, sofern Arbeitsplätze vorhanden

---

176 S.o. Abschnitt II 3 e, S. 197 ff.
177 S.o. II 3 b, S. 185 ff.
178 S.o. II 3 c, S. 187 ff.
179 S.o. 2. Kapitel I 2 b, S. 161 ff.
180 S.o. 2. Kapitel I 2 a, S. 159 ff.

und besetzbar sind.
Bedeutsamer ist jedoch die Rechtskonstruktion, die der Spruchkörper offensichtlich vertritt. Sie kommt unmittelbar nicht zum Ausdruck. Der Große Senat spricht einerseits von einer Lösung des rechtlichen Bandes zwischen Arbeitnehmern und dem Arbeitgeber bei lösender Aussperrung, andererseits von einer rechtlichen Bindung des Arbeitgebers bei der Wiedereinstellung auf Grund des Verhältnismäßigkeitsprinzips.
Wenn sich insofern über das Ende eines Arbeitsverhältnisses hinausreichende Wirkungen auf die Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses nach Kampfende erstrecken sollen, so muß zwangsläufig ein Rest eines immerhin gelösten Arbeitsverhältnisses über dessen "scheinbares" Ende hinaus als Rechtspflicht des Arbeitgebers zur Wiedereinstellung fortleben. M ü l l e r[181] führt hierzu zutreffend aus, daß die lösende Aussperrung nach Auffassung des BAG entgegen dem Terminus das Arbeitsverhältnis "doch nicht völlig" löse; es verbleibe die Rechtspflicht des Arbeitgebers zur Wiedereinstellung der lösend ausgesperrten Arbeitnehmer gem. billigem Ermessen.
Gerade diese Rückbezüglichkeit der Wiedereinstellungspflicht auf ein nicht völlig gelöstes Arbeitsverhältnis charakterisiert die rechtssystematisch verselbständigte Position des Arbeitsrechts. Auf anderem Gebiet[182] schlug sie sich u.a. in der Konstruktion einer nachwirkenden Fürsorgepflicht nieder, die zum Wiedereinstellungsgebot gegenüber dem zwar zu Recht, aber in Wirklichkeit - wie sich erst später herausstellt - ohne Kündigungsgrund gekündigten Arbeitnehmer (Verdachtskündigung) führte.

Eine analoge Anwendung dieser Gedanken auf die Beschränkung der Abschlußfreiheit gegenüber Rehabilitierten und Behinderten scheidet wegen dieser Rückbezüglichkeit der Einstellungspflicht nach Arbeitskampfende aus.

---

181 RdA 1971, 321 ff. (322); als Präsident des BAG präsidierte er dem Großen Senat.

182 Vgl. oben II 3 b, S. 185 ff. (186).

4. Ergebnis

a) Die in dieser dritten Station vorgenommene Prüfung des Arbeitsrechts auf bedeutsame tatsächliche Einschränkungen der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber hin - neben gesetzlichen Beschränkungen der Abschlußfreiheit zugunsten der medizinisch Rehabilitierten und der noch Behinderten und neben bereits anerkannten Einschränkungen der Abschlußfreiheit im Privatrecht außerhalb des Arbeitsrechts - ergibt, daß die Abschlußfreiheit im Arbeitsrecht ebenso wie im übrigen Privatrecht vielfach modifiziert ist.
Dies trifft auf das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellungsverhandlungen (auch Fragebögen) nur zu, wenn man aus der restriktiven Handhabung durch die Rechtsprechung die hier vertretene Konsequenz zieht.[183] Entsprechendes gilt für die Funktionen der §§ 94, 95 BetrVG.

b) Die jeweiligen Gründe, die zu den Modifizierungen der Abschlußfreiheit führen, sind verschieden:

aa) Das Sozialstaatsprinzip und der auf die Sicherheit der Arbeitsplätze bezogene Bestandsschutzgedanke spielen für die Bereiche "Kettenarbeitsverträge"[184] und "Wiedereinstellungsgebot nach Verdachtskündigung"[185] eine wesentliche Rolle.
Im Recht der Kettenarbeitsverträge ergibt sich dies daraus, daß der Bestandsschutz der Arbeitsplätze auf das KSchG und damit auf eine konkretisierte Form des Sozialstaatsprinzips zurückzuführen ist. Im Recht der Verdachtskündigungen erzwingen die nachwirkende Vertragspflicht des Arbeitgebers und das Sozialstaatsprinzip die Befriedigung des Rehabilitierungsinteresses des zwar zu Recht, aber in Wirklichkeit ohne Kündigungsgrund gekündigten und entlassenen Arbeitnehmers. Dies führt zur psychischen Genugtuung des wiedereingestellten Arbeitnehmers und dadurch letztlich zur Sicherheit seines Arbeitsplatzes.

---

183 S.o. 3 c, S. 192 f.
184 S.o. 3 a, S. 176 ff.
185 S.o. 3 b, S. 185 ff.

bb) Ein in anderer Weise begründeter Bestandsschutz der Arbeitsplätze beeinflußt die Einschränkung der Abschlußfreiheit auf seiten der Arbeitgeber in den Bereichen des § 78 a BetrVG[186] und des Arbeitskampfrechts:[187] Für jugendliche Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen ist der Bestandsschutz im Interesse ihrer Tätigkeit in diesen Gremien während ihrer Ausbildung geschaffen worden. Das Bestandsschutzinteresse der Arbeitnehmer im Arbeitskampfrecht erklärt sich aus der besonderen Situation des Arbeitskampfes (Solidarisierungsmöglichkeit).
Während das Sozialstaatsprinzip in den Komplexen unter aa) eine wesentliche Rolle spielt, hat es die Praxis in den hier zusammengefaßten Bereichen - soweit ersichtlich - nicht herangezogen.

cc) Die Entwicklung des Frage- und Anfechtungsrechts des Arbeitgebers im Zusammenhang mit Einstellungsverhandlungen[188] und des im wesentlichen hiermit verbundenen Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats gem. §§ 94, 95 BetrVG[189] stellen den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz in den Vordergrund. Folgt man unter Zugrundelegung der "Lebach"-Entscheidung des BVerfG der hier vertretenen Meinung, daß das Resozialisierungsinteresse der aus dem Strafvollzug entlassenen Stellenbewerber verfassungsrechtlich anzuerkennen ist, so kommt es weiter auf das Sozialstaatsprinzip an.
Erkennt man ferner an, daß die restriktive Handhabung des Frage- und Anfechtungsrechts konsequenterweise zur Beschränkung der Abschlußfreiheit führt, dann ist für diese auch das Sozialstaatsprinzip heranzuziehen.

c) Die Beispiele sind für eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung bedeutsam, weil sie den gegenwärtigen Befund der arbeitsrechtlichen Abschlußfreiheit in der Praxis skizzieren.

---

186 S.o. 3 e, S. 197 ff.
187 S.o. 3 f, S. 201 ff.
188 S.o. 3 c, S. 187 ff.
189 S.o. 3 d, S. 194 ff.

Wegen ihrer "individuellen" Ausformungen durch Gesetzgeber und Rechtsprechung und wegen der Tendenz, die Einzigartigkeit der jeweiligen konkreten Lebensverhältnisse zu berücksichtigen, eignen sie sich nicht für eine entsprechende Anwendung auf die berufliche Rehabilitation:
Die Abschlußfreiheit ist beschränkt, weil

aa) bei Kettenarbeitsverträgen einem Arbeitnehmer grundsätzlich ein schon von ihm eingenommener Arbeitsplatz dauernd gesichert werden soll,[190]

bb) beim Wiedereinstellungsgebot nach Verdachtskündigungen an zuvor bestandene Arbeitsverhältnisse angeknüpft wird,[191]

cc) im Falle des § 78 a BetrVG der spezielle betriebsverfassungsrechtliche Schutzzweck entscheidet[192] und weil

dd) das Wiedereinstellungsgebot im Arbeitskampfrecht an die mit dem Arbeitskampf verbundene Eigenart anknüpft.[193]

d) Der Weg einer gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung wird somit nicht versperrt. Die sonst vorrangige gesetzesimmanente Rechtsfortbildung etwa durch Rechtsanalogie[194] scheidet aus, weil deren erste Voraussetzung, nämlich eine Gesetzes- bzw. Rechtslücke hier ersichtlich nicht offengelassen worden ist. Entsprechendes gilt für die bereits anerkannten Einschränkungen der Abschlußfreiheit im übrigen Privatrecht. Auch dort sind Modifizierungen nur mit Rücksicht auf den konkreten Einzelfall begründet und begründbar.
Festzuhalten ist, daß die Beispiele eine T e n d e n z sichtbar machen: Die Vertragsfreiheit der Arbeitgeber wird eingeschränkt, weil - zusammenfassend betrachtet - soziale Spannungsverhältnisse und Konflikte gelöst werden müssen. Im übrigen Privatrecht gilt entsprechendes.
Dieses Ergebnis, das, methodologisch notwendig, aufgeschlüsselt

---

190 S.o. 3 a, S. 183.

191 S.o. 3 b, S. 186.

192 S.o. 3 e, S. 199.

193 S.o. 3 f, S. 202.

194 Vgl. hierzu Larenz, Methodenlehre, S. 369; er bezeichnet sie als Gesamtanalogie.

werden mußte, leitet aus demselben Erfordernis zu der nächsten Frage über; sie ist gleichsam die vierte Prüfungsstation: Es ist darzulegen, inwieweit sich Vertreter des Schrifttums mit dem Problem einer Modifizierung der Vertrags- bzw. Abschlußfreiheit im Arbeitsrecht auseinandersetzen.

5. Im Schrifttum vertretene Ansichten zur Einschränkung der Abschlußfreiheit im Arbeitsrecht; Notwendigkeit einer begrifflichen Abgrenzung

Verschiedentlich wird im Schrifttum die Frage untersucht, wie die Position eines Bewerbers um einen Arbeitsplatz rechtlich qualifizierbar ist. Es geht darum, nach welchen Gesichtspunkten der generell gültigen Abschlußfreiheit neben den bisher bekannten Begrenzungen weitere wirksame Schranken gezogen werden können.
Hierzu nehmen Autoren teils mit privatrechtlichen und teils mit verfassungsrechtlichen Beiträgen Stellung. Die Diskussion schließt dabei Begriffe wie "Recht auf einen Arbeitsplatz" bzw. "Recht auf Arbeit" ein; sie sind mit dem ebenfalls gebräuchlichen "Recht am Arbeitsplatz", "besonderen Persönlichkeitsrecht auf Arbeit", "Recht auf Beschäftigung" eng verwandt.

Im Interesse einer klaren Herausarbeitung derjenigen Meinungen, die für die wichtigste Problematik der vorliegenden Arbeit erheblich sein könnten, erscheint folgendes geboten: Einmal werden die privatrechtlichen Beiträge den verfassungsrechtlichen gegenübergestellt werden müssen. Zum anderen wird nur eine begriffliche Abgrenzung darüber Aufschluß liefern können, welche Stellungnahmen zu den gerade kursorisch aneinandergereihten Stichworten für diese Arbeit überhaupt in Betracht kommen können. Gleichsam in einer "negativen Auslese" hilft dieses Verfahren, den Meinungsstand auf das wesentliche Thema der beruflichen Rehabilitation zu konzentrieren.
Der Meinungsstand soll in der gebotenen Kürze referiert werden.

a) Privatrechtliche Beiträge: "Recht auf Beschäftigung", "subjektives Recht am Arbeitsplatz", "besonderes Persönlichkeitsrecht auf Arbeit"

aa) Recht auf Beschäftigung

Eine erste Begrenzung des Meinungsstandes im Schrifttum liefert das Recht auf Beschäftigung. Es ist nach dem Verständnis der ganz überwiegenden Meinung im Schrifttum das "Recht des Arbeitnehmers auf eine seiner Stellung entsprechende angemessene Beschäftigung".[195]

Der Anspruch ergibt sich aus dem abgeschlossenen Arbeitsvertrag, richtet sich daher allein gegen den Arbeitgeber und entfällt bei Unzumutbarkeit (z.B. nach einer Kündigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist).[196]

Die Begründungen dieses Rechts auf Beschäftigung weichen teilweise voneinander ab,[197] nicht jedoch die Ergebnisse. Entscheidend ist vor allem der relative Schutz des Arbeitnehmers während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses. Das Problem der beruflichen Rehabilitation der Arbeitsuchenden kann durch dieses Rechtsinstitut nicht gelöst werden, denn der Bewerber strebt erst ein Arbeitsverhältnis an.

bb) Subjektives Recht am Arbeitsplatz

S ä c k e r [198] kennzeichnet dieses Recht am Arbeitsplatz als

---

195 Nikisch Lb. Bd. I, § 38 I 2, S. 513.

196 Söllner § 28 III 4, S. 211; vgl. ferner z.B. Hanau bei Hanau/Adomeit, S. 155; Hueck bei Hueck/Nipperdey Lb. Bd. I, § 46 I, S. 380, und II, S. 382 f. m.w.N.; Hambusch AuR 1972, 268 ff. (269).

197 Fabricius ZfA 1972, 35 ff.: Infolge der Tendenz zur betriebsverfassungsrechtlich begründeten individuellen Beteiligung des einzelnen Arbeitnehmers (a.a.O. S. 45), ferner (S. 46 f.) um des Ziels willen, "eine gleichberechtigte Teilnahme aller, auch der Arbeitnehmer, an der Aufgabe der gemeinsamen Lebensbewältigung als rechtspolitische Forderung aus dem Sozialstaatsgedanken ..."; Gamillscheg AcP 164, 385 ff. (423): Einfluß von Art. 1 und 2 GG als Ausgestaltung der Fürsorgepflicht; Hubmann a.a.O., S. 186 (Ausstrahlung der Art. 1 und 2 GG auf den Arbeitsvertrag); Hueck (wie Fn. 196); Nikisch a.a.O., S. 513; Wiese ZfA 1971, 273 ff. (280): Treuepflicht des Arbeitgebers als Rechtsgrundlage; den Beschäftigungsanspruch begründet BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht" während eines bestehenden Arbeitsvertrages im Hinblick auf Art. 1 und 2 GG.

198 Bei Hueck/Nipperdey, Lb. Bd. II/2, § 49 A II 2, S. 995 f.

eine konkrete Erscheinungsform des subjektiven Rechts auf freie berufliche und gewerbliche Betätigung. Es ist durch § 823 I BGB geschützt, ist somit ein absolut wirkendes Recht.

Den allgemeinen Denkansatz hierfür bildet das Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit durch freie berufliche und gewerbliche Tätigkeit (Art. 2 I, 12 und 14 GG), das als verfassungsrechtliche Wertentscheidung auch im Privatrecht gilt. Die überwiegende Meinung im Schrifttum erkennt das Recht am Arbeitsplatz gem. § 823 I BGB an,[199] wobei u.a. Säcker[200] und N e u m a n n - D u e s b e r g [201] das Sozialstaatsprinzip zur näheren Begründung anführen: Die durch Art. 2, 12, 14 GG geschützte berufliche und gewerbliche Betätigungsfreiheit könne nicht ohne Verstoß gegen das auch bei der richterlichen Rechtsfortbildung zu beachtende Gleichheitsgebot (Art. 3 GG) auf die Tätigkeit des Unternehmers beschränkt werden. Das Sozialstaatsprinzip lege dem Arbeitgeber als dem wirtschaftlich Stärkeren u.a. eine bestimmte Verantwortung für eine angemessene Sicherung der Existenz des Arbeitnehmers im Rahmen seines Betriebes auf (Säcker). "In der modernen Entwicklung des Arbeitsrechts i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip ist der Arbeitsplatzschutz nicht mehr auf die arbeitsvertragliche Beziehung beschränkt, sondern in die Ebene absoluter Rechte hinaufgerückt" (Neumann-Duesberg).
Schließlich meint H u b m a n n ,[202] dieses Recht am Arbeitsplatz sei eine aus dem Arbeitsvertrag entspringende Rechtsposition, die auf Grund der Art. 1 und 2 GG (gemeint ist hier offenbar die Geltung dieser verfassungsrechtlichen Wertent-

---

199 S. umfangreiche Nachweise bei Säcker a.a.O., S. 996, und Nipperdey bei Hueck/Nipperdey Lb. Bd. II/1, § 10 III, S. 161, und § 10 III 5, S. 170; Herschel DB 1973, 80 ff. (82) läßt das offen, stellt aber eine Tendenz zur Entwicklung eines solchen Rechts fest, während er in RdA 1960, 121 ff. ein solches Recht noch bejaht hat; Migsch a.a.O., S. 224 ff. (233): absolut geschütztes Recht auf Betätigung und Verwertung der Arbeitskraft mit subsidiärer Geltung.

200 A.a.O. § 49 A II 2, S. 997.

201 Lb., 25. Kapitel V 3 B b, S. 343.

202 Hubmann a.a.O., S. 187.

scheidung im Privatrecht) auch gegen Störungen durch Dritte zu schützen sei.

Die Konstruktion des umrissenen "absolut wirkenden arbeitsrechtlichen Bestandsschutzrechts"[203] ist auf Widerspruch gestoßen. So hält S ö l l n e r [204] die auf diese Weise aus § 823 I BGB abzuleitenden Schadensersatzfolgen bereits durch das Arbeitsvertragsrecht gedeckt, so daß die Notwendigkeit, die Zahl der Rechtsgüter des § 823 I BGB um ein Recht am Arbeitsplatz zu erweitern, nicht recht einsichtig sei. Ähnlich bedenkt G a m i l l s c h e g : [205] es erscheine besser, wenn der Richter Schutzlücken des Systems des § 823 BGB in vorsichtiger Neuschaffung von Schutznormen (§ 823 II BGB) schließt, als durch Anerkennung neuer absolut geschützter Rechte und Rechtsgüter möglicherweise über das Ziel hinauszuschießen.[206]

F a b r i c i u s [207] hält am Gedanken eines Rechts am Arbeitsplatz zwar fest, aber nur insoweit, als der Arbeitsplatz, der einem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber konkret zugewiesen worden sei, gegenüber tatsächlichen Einflüssen Dritter (evtl. auch des Arbeitgebers) - wie Beschädigung, Zerstörung - als Rechtsgut des Arbeitnehmers gem. § 823 I BGB geschützt werde.

Diese kontroversen Standpunkte stimmen darin überein, daß sich das absolut wirkende arbeitsrechtliche Bestandsschutzrecht als Störungsabwehr- und Schadensersatzanspruch gegen Dritte (ggf. auch gegen den Arbeitgeber) konkretisieren kann. Es setzt in jedem Falle voraus, daß der berechtigte Arbeitnehmer den zu schützenden Arbeitsplatz innehat. Ein Bewerber um einen Arbeitsplatz vermag aus diesem Recht einen Kontrahierungszwang oder mindestens eine durch modifizierte Einstellungsfreiheit

---

203 Neumann-Duesberg Lb., S. 343.

204 Lb. § 28 III 4, S. 210.

205 AcP 164, 385 ff. (395).

206 Im Ergebnis so auch Richardi "Betriebsverfassung und Privatautonomie", S. 42 ("Die Rechtsstellung des Arbeitnehmers ist wesentlich anders als die Eigentümerstellung, und am Modell des Eigentums ist die Rechtsfigur des absoluten Rechts entwickelt"); ebenso ablehnend Nikisch Lb. Bd. II, § 64 II 5, S. 127.

207 ZfA 1972, 35 ff. (61 und 63).

der Arbeitgeber verbesserte (eigene) Rechtsposition nicht abzuleiten.
Insofern begrenzt diese Qualität des Rechts am Arbeitsplatz den in Betracht zu ziehenden und zu konkretisierenden Meinungsstand zur Beschränkung der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber in zweiter Hinsicht.

cc) Besonderes Persönlichkeitsrecht auf Arbeit

L e i p o l d [208] schlägt auf der Ebene des Zivilrechts ein Recht auf Arbeit als besonderes Persönlichkeitsrecht vor.[209]

Die Bejahung dieses zivilrechtlichen Rechts stehe offen, seitdem das Persönlichkeitsrecht ganz überwiegend Anerkennung gefunden habe. Das besondere Persönlichkeitsrecht auf Arbeit stehe neben dem Recht auf Ehre, auch Achtung der persönlichen Geheimsphäre, dem Recht am eigenen Bild und am gesprochenen Wort. Mit diesem besonderen Persönlichkeitsrecht - an anderer Stelle[210] bezeichnet er es als Recht des Arbeitnehmers, seine persönlichen Fähigkeiten zu gebrauchen und dadurch seinen Lebensunterhalt zu verdienen - unternimmt Leipold den Versuch, den Widerspruch zu klären, auf den er zuvor hingewiesen hat:[211] einerseits Anerkennung der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber, andererseits restriktive Handhabung des Fragerechts der Arbeitgeber bei Einstellungsverhandlungen (und auch des Anfechtungsrechts).[212]
Diesen Widerspruch löst Leipold, indem er die Auswirkungen dieses absolut geschützten Fragerechts auf die Einstellungssituation überträgt. Er kommt dabei praktisch zur Beschränkung der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber gegenüber Arbeitnehmern - ohne daß er die bei den letzteren vorhandenen unterschied-

---

208 AuR 1971, 161 ff. (165).

209 Im Ergebnis auch Hambusch AuR 1972, 268 ff. (270), der ein solches Recht auf die Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und einem außervertraglichen Dritten (Verletzer) beschränkt.

210 AuR 1971, 161 ff. (164).

211 AuR 1971, 161 ff. (163).

212 Vgl. oben II 3 c, S. 187 ff. mit Fn. 147 auf S. 192.

lichen sozialen Situationen unterschiedlich behandelt: Bewerber um einen Arbeitsplatz treten nach Leipold[213] den Arbeitgebern nicht mehr rechtlos - als lediglich Bittende und Hoffende - gegenüber. Sie machten vielmehr von ihrem Recht auf Arbeit Gebrauch: "Stehen sich schon in diesem Stadium zwei Rechte gegenüber, so kann die Frage, von welchem Kriterium die Einstellungsentscheidung abhängig gemacht werden darf, nicht mehr dem freien Belieben des Arbeitgebers überlassen sein."
Hierfür sei ein objektiver Maßstab zu setzen; für Einstellungsentscheidungen dürften nur sachbezogene Gründe maßgebend sein; bei der hierfür erforderlichen Güter- und Interessenabwägung seien die im positiven Recht auffindbaren Wertungen entscheidend zu berücksichtigen; so dürfte nach Umständen, die für den Arbeitsplatz objektiv nicht relevant seien, nicht gefragt werden.
Damit prägt Leipold das Recht auf Arbeit als Schutz vor Willkür bei der Einstellung. Er lehnt einen generellen Anspruch auf Einstellung ab - bei der Bewertung der sachlichen Kriterien (Eignung, Befähigung) sei dem Arbeitgeber ein Spielraum der Beurteilung zuzubilligen, wobei ähnliche Grundsätze aufgestellt werden könnten, wie sie für die Einstellung in den öffentlichen Dienst im Vollzug des Art. 33 II GG entwickelt worden seien.
Sodann schlägt Leipold eine weitere Möglichkeit vor: Sei die Verneinung der Befähigung bei keiner vernünftigen Betrachtungsweise sachlich zu rechtfertigen, so könne sich aus § 823 I BGB ein Schadensersatzanspruch wegen der abgelehnten Einstellung ergeben.
Dies legt die Naturalrestitution (§ 249 Satz 1 BGB) nahe: Leipold meint, auch vor einem Anspruch auf Einstellung auf einen noch vorhandenen Arbeitsplatz sollte man dann nicht zurückschrecken.

---

213 AuR 1971, 161 ff. (166).

Indessen fragt es sich, ob diese Ansicht etwa als Bestandteil einer Tendenz bewertet werden kann, die im Arbeitsrecht zur Einschränkung der Abschlußfreiheit neigt. Bedenken ergeben sich nämlich insofern, als Leipold aus dem besonderen Persönlichkeitsrecht auf Arbeit unmittelbar Handlungspflichten der Arbeitgeber ableitet. Sie bestehen in der Pflicht der in Aussicht genommenen Arbeitgeber, zur Erfüllung des Persönlichkeitsrechts der Stellenbewerber bei der Einstellungsentscheidung nur sachbezogene Gesichtspunkte zu verwerten. Damit konzentrieren sich die Bedenken darauf, aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. § 823 I BGB überhaupt Handlungs- bzw. Unterstützungspflichten gegenüber dem Berechtigten zu entwikkeln.

Dies klingt vielfach auch bei jenen Autoren an, die ein besonderes Persönlichkeitsrecht auf Arbeit gem. § 823 I BGB ablehnen. So führt H u b m a n n [214] aus, das allgemeine Persönlichkeitsrecht sichere nur die Arbeitsfreiheit des einzelnen, es sichere die Betätigung der Arbeitskraft außerhalb von Vertragsverhältnissen gegen Störungen von seiten Dritter. Aus ihm könnte keine positiven Handlungs- und Unterstützungspflichten, sondern nur Eingriffsverbote und Unterlassungspflichten abgeleitet werden.[215]

Diese Ansicht ist zutreffend. Das ergibt die folgende Überlegung: Eingriffsverbote und Unterlassungspflichten sind - wie auch bei den übrigen Tatbestandsmerkmalen des § 823 I BGB - praktisch das Ergebnis einer Umkehrwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Diese besteht darin, daß z.B. mit Schadensersatzpflichten sanktionierte Eingriffe in absolut geschützte Rechtsgüter des § 823 BGB verboten sind. Daraus folgt jedoch nicht, daß alles zu unternehmen ist, um den deliktsrechtlichen Schutz der absoluten Rechtsgüter zu gewährleisten. Diese erzeugen daher keine Rechtspflicht zum Handeln.[216]

---

214 Persönlichkeitsrecht S. 187 f.

215 So z.B. auch Wiese ZfA 1971, 273 ff. (279).

216 Vgl. z.B. Erman/Weitnauer BGB Anhang zu § 12 Rdnr. 14: "Ein Anspruch auf Förderung der Persönlichkeit (Recht auf Arbeit und dergleichen) kann zivilrechtlich aus dem Persönlichkeitsschutz nicht hergeleitet werden."

Eine andere Frage betrifft die tatbestandsmäßige und widerrechtliche Verletzung z.B. des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Unterlassen. Das ist immer dann möglich, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht. Diese kann sich allerdings nicht aus dem Deliktstatbestand selbst ergeben; sie muß sich vielmehr außerhalb dieser Tatbestände auf Gesetze, Verträge, Verkehrssicherungspflichten usw. beziehen.[217]
Leipold hingegen folgert, insoweit von der systematischen Funktion der Deliktstatbestände und damit auch von der des allgemeinen Persönlichkeitsrechts abweichend, aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht die erwähnten unmittelbaren Handlungspflichten: praktisch eine Pflicht zur Förderung der Persönlichkeit, einen Deliktsschutz, der in § 823 I BGB nicht angelegt ist.
Dem kann somit nicht gefolgt werden; die Konstruktion kann nur zu einem absolut wirkenden arbeitsrechtlichen Bestandsschutzrecht (Abwehrrecht gegenüber Arbeitgebern und Dritten) führen.
Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, daß Leipold seinen Vorschlag, ein privatrechtliches Recht auf Arbeit als besonderes Persönlichkeitsrecht anzuerkennen, ausdrücklich erneuert hat.[218]
Er meint jedoch, es bestünden zu dem von M i g s c h vertretenen Recht auf Betätigung und Verwertung der Arbeitskraft "dem Inhalt und der Funktion nach wohl keine allzu großen Unterschiede.[219]
Es kommt hierdurch nicht klar zum Ausdruck, ob Leipold nunmehr die Konstruktion seines Persönlichkeitsrechts auch im beschriebenen Sinne aufrecht erhält. Migsch[220] versteht das von ihm vertretene Recht immerhin als - absolut geschütztes - Abwehrrecht gegen den Arbeitgeber und Dritte, ohne aus ihm Rückschlüsse auf die Einstellungssituation zu ziehen. Das tut aber Leipold.

---

217 Vgl. Erman/Drees § 823 Rdnr. 48 ff.; Palandt/Heinrichs BGB Vorbem. vor § 249 5 d dd.

218 In der Rezension von "Migsch, Die absolut geschützte Rechtsstellung des Arbeitnehmers" in RdA 1974, 120 ff. (122).

219 A.a.O. S. 121.

220 S.o. II 5 a, bb), S. 210 Fn. 199.

Der Unterschied der beiden kontroversen Ansichten wird zudem bei W i e s e [221] deutlich. Er bezieht sich auf die Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber - also auf ein bestehendes Arbeitsverhältnis. Er meint zwar, daß die Nichtbeschäftigung den Tatbestand einer allgemeinen Persönlichkeitsrechtsverletzung erfüllen könne. Richtigerweise ist das nach seiner Ansicht jedoch nur dadurch denkbar, daß der Arbeitgeber eine gesondert begründete Rechtspflicht zur Beschäftigung hat:
Der Arbeitgeber beschäftige den Arbeitnehmer nicht, damit unterlasse er etwas. Dieses Unterlassen könne das allgemeine Persönlichkeitsrecht tatbestandsmäßig und rechtswidrig verletzen, falls eine Rechtspflicht zum Handeln bestünde. Wiese[222] sieht sie in der Treuepflicht des Arbeitgebers begründet, eben als Beschäftigungspflicht.
Die Rechtsfolge der Verletzung dieses Persönlichkeitsrechts durch Unterlassen deckt sich zwar allgemein mit derjenigen von Leipold (Naturalrestitution), führt aber im besonderen zu einem Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, setzt also ein bestehendes Arbeitsverhältnis voraus.

Ein besonderes Persönlichkeitsrecht auf Arbeit (§ 823 I BGB) dagegen würde eine Pflicht zur aktiven Förderung, gleichsam eine Garantenstellung aller Arbeitgeber gegenüber Bewerbern um Arbeitsplätze, im Vorfeld des Vertragsschlusses nicht begründen können.
Tendenziell kann es daher auch nicht zu einer Beschränkung der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber führen, so daß es für eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung mit dem Ziel einer Beschränkung der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber zugunsten der medizinisch Rehabilitierten und Behinderten nicht herangezogen werden kann.
Entsprechendes gilt auch für die weitere Ansicht von H u b m a n n [223], das allgemeine Persönlichkeitsrecht sichere nur

---

221 ZfA 1971, 273 ff. (280).

222 Vgl. oben II 5 a, aa) S. 209 mit Fn. 197.

223 Persönlichkeitsrecht, S. 187 f., s.o. S. 214 mit Fn. 214; vgl. auch Hambusch, oben S. 212 Fn. 209.

die Arbeitsfreiheit gegen außenstehende Dritte (besonderes Persönlichkeitsrecht auf Arbeit gegen Einwirkungen Dritter). Auch diese Ausformung kann für eine Modifizierung der Vertrags- (Abschluß-)freiheit der Arbeitgeber als eines von vielen Instrumenten für die berufliche Rehabilitation keine Impulse geben.

dd) Ergebnis

Die erörterten privatrechtlichen Stellungnahmen begrenzen den Diskussionsbereich einer rechtlichen Qualifikation von Einstellungsverhandlungen: Sie tendieren zu keiner Modifizierung der Abschlußfreiheit, obwohl die Themen der Diskussionsbeiträge den Anschein einer solchen Modifizierung haben. Dem von L e i p o l d vertretenen Lösungsvorschlag kann ein Tendenzcharakter nicht beigemessen werden, weil er die Funktion der von § 823 I BGB absolut geschützten Rechte verkennt.

b) Verfassungsrechtliche Beiträge: "Recht auf Arbeit" mit den Untergruppen "Recht am eigenen Arbeitsplatz", "Recht auf einen Arbeitsplatz", "Recht am Arbeitsplatz"

In anderen Bereichen des Schrifttums wird die Diskussion um eine rechtliche Qualifikation der Einstellungsverhandlungen durchweg vor dem Hintergrund eines "Rechts auf Arbeit" verfassungsrechtlich oder mindestens mit verfassungsrechtlichem Ausgangspunkt geführt.
Auch auf diesem Sektor wird eine Grenzziehung erforderlich sein, die sich auf Einstellungssituationen konzentriert: Mit "Recht auf Arbeit" verbindet sich eine Reihe weiterer Begriffe, die miteinander eng verwandt sind und auf den ersten Blick für das vorliegende Thema bedeutsam sein könnten ("Recht am eigenen Arbeitsplatz", "Recht auf einen Arbeitsplatz", "Recht am Arbeitsplatz").
Der Gedanke eines "Rechts auf Arbeit" ist mindestens auf die Französische Revolution zurückführbar. Er fällt mit der Entwicklung der politischen Freiheitsrechte zusammen - einerseits hatte Ende des 18. Jahrhunderts der absolutistische Staat seinen Höhepunkt erreicht, andererseits nahm die erste industrielle

Revolution nach Überwindung des Merkantilismus und des Zunftwesens ihren Ausgangspunkt.[224] Daraus resultiert eine fast nicht mehr übersehbare Literatur[225] zum Recht auf Arbeit. Die folgenden Ausführungen müssen sich demzufolge auf für die vorliegende Arbeit bedeutsam erscheinende Standpunkte beschränken.

Gleichsam als Klammer verbindet sie die Frage, ob ein subjektives öffentliches Recht[226] auf Arbeit verfassungsrechtlich garantiert wird (ob dem Privaten ein Rechtsanspruch gegeben werden kann, vom Staat oder einem anderen Träger öffentlicher Gewalt die Vornahme einer Handlung zur Verwirklichung des Rechts auf Arbeit zu verlangen), so daß es über die Drittwirkung in das Arbeitsrecht ausstrahlt.

aa) Recht auf Arbeit als subjektives öffentliches Recht

Vorstellbar ist die verfassungsmäßige Garantie eines Rechts auf Arbeit als Grundrecht in dem Sinne, daß es - allgemein gesehen - Arbeitswilligen im Falle von Arbeitslosigkeit das Recht einräumt, vom Staat die Zuweisung angemessener und bezahlter Arbeit zu verlangen. Zwar ist ein solches Recht im GG ausdrücklich nicht textiert. H a m b u s c h [227] weist aber mit Recht darauf hin, daß dies nicht bedeuten müsse, daß es als Grundrecht nicht denkbar sei. Auch das Streikrecht ist im GG nicht ausdrücklich enthalten, aber gleichwohl anerkannt.[228] Versuche, die Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) als positive Anspruchsgrundlage für ein Recht auf Arbeit heranzuziehen, haben Gerichte durchweg zurückgewiesen:[229] Art. 12 GG gewähre als Abwehrrecht keinen Anspruch darauf, daß der Staat die Voraussetzungen einer Berufsausübung oder der dauernden Beschäfti-

---

224 Vgl. hierzu eingehend Dirschmied AuR 1972, 257 ff. (258).

225 Vgl. z.B. die umfangreichen Hinweise bei Richardi, Betriebsverfassung und Privatautonomie, S. 29 f. mit Fn. 58.

226 Vgl. zu diesem Begriff z.B. Lange a.a.O. S. 144 ff. m.w.N.

227 AuR 1972, 268 ff. (270).

228 Vgl. Beschluß des BAG GS vom 21.4.1971 AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf".

229 Vgl. z.B. OVG Münster DÖV 1969, 427 f. (428); BAG NJW 1964, 1921 f. (1922); vgl. in diesem Sinne z.B. Martens, s.o. Erster Teil 3. Kapitel II 2 a, S. 71 mit Fn. 221. Friauf DVBl. 71, 674 ff. (678 f. mit Fn. 69, 70 auf S. 679).

gung in einem gewählten Beruf schaffe. Nach dieser Judikatur hat der Staat die Aufgabe, die Freiheitsbetätigung zu garantieren, nicht jedoch die Pflicht, die materiellen Voraussetzungen der Freiheitsbetätigung bereitzuhalten.
Außerdem ist das Recht auf Arbeit teilweise im Landesverfassungsrecht verankert.[230] Obwohl diese Bestimmungen durchweg als individuelle Rechte formuliert sind,[231] wird ihnen allgemein der Charakter subjektiver öffentlicher Rechte nicht zuerkannt. Zu Art. 166 II BayerVerf. haben das LAG Bayern und der BayerVerfGH[232] ausgeführt, diese Vorschrift stelle nur einen Programmsatz dar, der jedenfalls kein subjektives öffentliches Recht auf Arbeit beinhalte. Dies ergebe sich insbesondere aus der Garantie der Wirtschaftsfreiheit, die früher ausdrücklich in Art. 151 WRV enthalten gewesen und auch nach dem GG gültig sei.
In gleicher Weise wird ein subjektives öffentliches Recht auf Arbeit im Schrifttum allgemein abgelehnt.[233]

---

230 Art. 66 II BayerVerf.; Art. 12 I BerlVerf.; Art. 8 I BremVerf.; Art. 28 II HessVerf.; Art. 24 I NRWVerf.; Art. 53 II Verf.RhPf.; Art. 45 SaarlVerf.

231 Z.B. Art. 166 II BayerVerf.: "Jedermann hat das Recht, sich durch Arbeit eine auskömmliche Existenz zu schaffen"; Art. 8 I HessVerf.: "Jeder hat die sittliche Pflicht zu arbeiten und ein Recht auf Arbeit."

232 AP Nr. 1 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht" und AP Nr. 2 zu Art. 166 BayerVerf.

233 Vgl. z.B. Badura, Der Staat 1975, 17 ff. (26 und 28) zum Prinzip der "sozialen Grundrechte"; Brunner a.a.O. S. 14; Daum, RdA 1968, 81 ff. (85), der von seinem Standpunkt sozialer Grundrechte ausgeht (vgl. oben Erster Teil 3. Kapitel II 2 a, S. 70 mit Fn. 217 und S. 72 mit Fn. 223), sich aber auf das Recht auf Arbeit konkret bezieht; Dirschmied, AuR 1972, 257 ff. (263); Gamillscheg, AcP 164, 385 ff. (391); Hambusch a.a.O.,S.271; Hubmann a.a.O.,S. 186; v. Mangoldt/Klein GG Art. 12 Anm. 3 b; Pfarr, DuR 1973, 124 ff. (134); Reuter (Dieter), ZfA 1975, 85 ff. (91); Richardi "Betriebsverfassung und Privatautonomie", S. 32; Tomandl a.a.O., S. 30 ff. (33); Zacher "Sozialpolitik und Menschenrechte" Rdnr. 35 (S. 29);
allgemein auch Leipold, AuR 1971, 161 ff. (164, 165); Nikisch Lb. Bd. I, § 5 IV 1, S. 43 f.

Verschiedentlich wird dabei auf den erwähnten Gesichtspunkt der Wirtschaftsfreiheit hingewiesen. Deutlich bringt dies Dieter R e u t e r [234] zum Ausdruck. Die Ablehnung eines absoluten, verfassungsrechtlich verbürgten Rechts auf Arbeit begründet er mit dem vom GG konzipierten marktwirtschaftlichen System. Der tiefere Grund für die Ablehnung liege in der Abhängigkeit des Arbeitskräftebedarfs von der Nachfrage nach Waren und Dienstleistungen, die prinzipiell von der freien Entscheidung der Konsumenten ausgehe. Daran werde zugleich die Grenze des Versuchs deutlich, ein Recht auf Arbeit in anderen (als sozialistischen) Gesellschaftssystemen zu verwirklichen.[235]

Hier sei hinzugefügt, daß das Recht und die Pflicht auf bzw. zur Arbeit z.B. nach Art. 24 der Verfassung der DDR vom 6.4. 1968[236] die Funktion eines auf die gesellschaftlichen Erfordernisse bezogenen Regulators besitzt. Es wird durch die sozialistische Wirtschafts- und Arbeitsordnung gewährleistet, strebt jedoch nicht den Schutz der Individualität und Integrität des Arbeitnehmers (Werktätigen) gegenüber den aus Übermacht und möglicher Willkür entspringenden Bedrohungen seitens des Staates, der sozialen Gruppen und privater Macht an.[237] Diese Funktion würde dem hier zu prüfenden Ziel einer Einschränkung der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber im Rahmen der Rehabilitation daher nicht näher kommen.

D. Reuter führt sodann zur Ablehnung eines subjektiven öffentlichen Rechts auf Arbeit einen zutreffenden volkswirtschaftlichen Gesichtspunkt an: Die (für eine Verwirklichung des Rechts auf Arbeit) notwendige Deckungsgleichheit von Arbeitskräftebedarf und -angebot verlange die praktisch unerreichbare Anpassung entweder des Arbeitskräfteangebots an die Konsumbedürfnisse oder umgekehrt der Komsumbedürfnisse an das Arbeitskräfteangebot.

---

234 ZfA 1975, 85 (91 ff. in der Fn. 35).

235 Vgl. hierzu auch Badura, Der Staat 1975, 17 ff. (20 f.); Richardi "Betriebsverfassung und Privatautonomie" S. 31.

236 Vgl. hierzu Pfarr, DuR 1973, 124 ff. (125 f.).

237 Vgl. Badura, Der Staat 1975, 17 ff. (21); ders. in der Festschrift für Berber, S. 11 ff. (39); Schambeck a.a.O., S. 100 f.

Mit dem vom GG konzipierten System privatwirtschaftlicher Produktion, Leistung und Verteilung läßt sich demnach richtigerweise ein subjektives öffentliches Recht auf Arbeit nicht vereinbaren: Eine für ein solches Recht erforderliche staatliche Lenkung der Berufswahl setzte neben der staatlichen Verfügungsgewalt über Arbeitsplätze einen volkswirtschaftlichen Gesamtplan voraus.[238] Hierzu meint D a u m [239] - ohne die Einstellungssituation zu konkretisieren -, das Recht auf Arbeit sei als logische Folge der geltenden marktwirtschaftlichen Ordnung nur in Form von Surrogaten gewährleistet: Arbeitslosenversicherung und -vermittlung, Recht auf freie Berufswahl, staatliche Vollbeschäftigungspolitik. Die juristische Struktur des Rechts auf Arbeit zeigt sich seiner Ansicht nach durch die indirekte Gewährleistung dieses Rechts durch zwei "Ermöglichungsrechte": Sie sorgten für den formal gleichen Zugang zum Beruf (Art. 12 I GG) und verwirklichten diese Gleichheit auch material durch Berufsausbildung und Umschulung.
Damit wird die eingangs eingeleitete Grenzziehung fortgesetzt: Für die rechtliche Qualifikation der Anbahnung von Arbeitsverträgen liefert das verfassungsrechtliche "Recht auf Arbeit", soweit es als subjektives öffentliches Recht konzipiert wird, keinen tendenziell verwertbaren Gesichtspunkt. Es scheidet daher auch für eine Drittwirkung aus.

bb) Recht auf Arbeit als unvollkommene verfassungsrechtliche Rechtsposition

Verschiedentlich wird vorgeschlagen, das nach dem GG nicht zu begründende subjektive öffentliche Recht auf Arbeit dennoch in der Verfassung zu verankern.
Abgesehen davon, daß sich diese Vorschläge auf die zukünftige Ausgestaltung des Rechts auf Arbeit richten, ist zu prüfen,

---

238 So im Ergebnis z.B. auch Badura, Der Staat 1975, 17 ff. (20 f.); ders. in der Festschrift für Berber, S. 38 f.; Hambusch, AuR 1972, 268 ff. (271); Tomandl a.a.O., S. 31.

239 RdA 1968, 81 ff. (85 f.).

ob aus einer solchen Vorstellung Rückschlüsse auf die gegenwärtige Beurteilung der Vertrags- bzw. Abschlußfreiheit gezogen werden können.

In seiner für das österreichische Recht abgegebenen, aber nicht auf es beschränkten Stellungnahme zum "Recht auf Arbeit" geht K. D i r s c h m i e d [240] von dem Begriff der sozialen Grundrechte aus. Obwohl er die Normqualität des Rechts auf Arbeit als subjektives öffentliches Recht generell ablehnt, vertritt er die These, daß das Recht auf Arbeit als soziales Grundrecht in die Verfassung aufgenommen werden müßte.[241] Inhaltlich müsse es so gestaltet werden, daß es dem einzelnen ohne Beschränkung durch den Staat oder Dritte die Möglichkeit gebe, seinen Lebensunterhalt in einem frei eingegangenen Arbeitsverhältnis zu verdienen. Dabei habe der Staat die rechtliche, die Eigentümer an Produktionsmitteln hätten die gesellschaftliche Verpflichtung, für das Vorhandensein der nötigen Arbeitsplätze zu sorgen. Das Recht auf Arbeit sei daher als Verpflichtung des Staates und der Gesellschaft zu einer aktiven Vollbeschäftigungspolitik mit entsprechender Berufsberatung und -ausbildung, unentgeltlicher Arbeitsvermittlung und Arbeitsmarktverwaltung sowie beruflicher Rehabilitation zu verstehen (Arbeitsfreiheitsrecht als Abwehrrecht gegen die Beschränkung der Entscheidungsfreiheit; Recht auf Existenzsicherung durch die Pflicht des Staates, Arbeitslosen Beihilfe zu gewähren).

Dem Charakter eines solchen Grundrechts entsprechend bedürfe es der verfassungsgesetzlichen Verankerung des Rechts auf Arbeit, da die erhöhte formale Gesetzeskraft größere Stabilität der Norm bringe. Die Nichtbeachtung verfassungsgesetzlich gewährleisteter sozialer Grundrechte (das Recht auf Arbeit sei ein solches) stelle eine Verletzung der Verfassung dar, die sozialen Grundrechte könnten daher für jede Volksvertretung und jede Regierung zum gesellschaftlichen und sozialpolitischen Prüfstein werden.[242]

---

240 AuR 1972, 257 f.; vgl. oben Erster Teil 3. Kapitel II 2 a, S. 70.

241 A.a.O. S. 267.

242 Vgl.dens. auch im Zusammenhang mit der Erörterung im Ersten Teil 3. Kapitel II 2 a, S. 72 f. mit Fn. 223.

Ähnlich argumentiert H a m b u s c h [243] - von der generellen Ablehnung eines subjektiven öffentlichen Rechts auf Arbeit ausgehend: Es bleibe festzuhalten, daß eine staatliche Verpflichtung bestehe, dem Staatsbürger die Gelegenheit und die Möglichkeit zu verschaffen, einen Arbeitsplatz zu finden. Er schlägt vor, analog der immer wieder postulierten Chancengleichheit im Bildungsbereich von einer staatlichen Verpflichtung zu sprechen, eine "Chancengleichheit" bei der Findung eines Arbeitsplatzes herzustellen. Eine solche unvollkommene Rechtsposition - bestehende Verpflichtung ohne entsprechende Berechtigung auf der anderen Seite - sei zwar nicht häufig, aber durchaus denkbar.

Auch T o m a n d l [244] verneint zunächst ein subjektives öffentliches Recht auf Arbeit: Mögen auch Anspruchssubjekt (Bewerber) und Anspruchsobjekt (Recht auf einen Arbeitsplatz) bezeichnet sein, so mangele es an der Identifizierbarkeit des Anspruchsgegners. "Welcher der verschiedenen Arbeitgeber wäre denn zur Realisierbarkeit des Rechts auf einen Arbeitsplatz verpflichtet?", und bezüglich des Anspruchsobjektes: "Worauf soll der Anspruch gerichtet sein?" Aus den oben erwähnten Gründen der Wirtschaftsordnung kann ein solches Recht nach der Ansicht Tomandls nicht existieren. Daher würde dessen Statuierung auch unter dem Vorbehalt ausgestaltender Gesetze das subjektive öffentliche Recht, weil rechtlich gegen den Gesetzgeber nicht durchsetzbar, zur Farce machen.[245]

Tomandl hält jedoch die Deutung des Rechts auf Arbeit als subjektives öffentliches Recht auf Arbeitslosenunterstützung für möglich, wenn auch wegen der umfangreichen Normierungsaufgabe für nicht leicht realisierbar.[246]

Die von Dirschmied und Hambusch in Erwägung gezogene Textierung eines Rechts auf Arbeit würde ersichtlich nur zu einem benannten Grundrecht führen, das inhaltlich die rechtliche Eigenschaft eines Programmsatzes, formal die einer Einrichtungsgarantie begründen würde.

---

243 AuR 1972, 268 ff. (271).

244 A.a.O. S. 33.

245 A.a.O. S. 46 unter 11.

246 A.a.O. S. 30 und 35.

Da es nicht individualisierbar wäre und von der Konstruktion her auch nicht sein soll, könnte es die Effizienz der Rechtsposition eines Bewerbers um einen Arbeitsplatz im Rahmen der beruflichen Rehabilitation nicht erhöhen.
Zudem könnte auch die Überlegung Tomandls, das Recht auf Arbeit (wenigstens) als subjektives öffentliches Recht auf Arbeitslosenunterstützung zu textieren, das Ziel der beruflichen Rehabilitation nicht näherrücken: Es besteht unter dem Gesichtspunkt dieses Kapitels nicht in einer finanziellen Sicherung der Behinderten und medizinisch Rehabilitierten während der Arbeitslosigkeit, sondern in der Selbstverwirklichung dieses Personenkreises in der Berufswelt und am Arbeitsplatz als Voraussetzung einer beruflichen und damit einer sozialen Rehabilitation.
Schließlich ist auf einen weiteren Gesichtspunkt hinzuweisen, den D i r s c h m i e d [247] - wenngleich ohne Begründung - darlegt: Das Prinzip, eine generelle Festlegung eines subjektiven öffentlichen Rechts auf einen Arbeitsplatz mangels Justiziabilität auszuschließen, könne durchbrochen werden. Es wäre bezüglich der Invalideneinstellung eine Ausnahme denkbar, so daß ein subjektives öffentliches Recht auf Arbeitsbeschaffung für Invalide statuierbar wäre. Indessen verändert dieser Standpunkt den bisher gewonnenen Grenzverlauf des Diskussionsbereichs über die rechtliche Qualifikation der Einstellungsverhandlungen nicht. Wenn man die berufliche Rehabilitation in Form der "Invalideneinstellung" als anspruchsbegründendes, subjektives öffentliches Recht in der Verfassung festlegen wollte, stünde man vor den gleichen Schwierigkeiten, die Tomandl bezeichnet: Auch bei Konkretisierung des Anspruchssubjektes und Anspruchsobjektes stünde der Anspruchsgegner nie fest. Eine derartige Textierung führte demnach lediglich zu einer Generalklausel, die sich einer Individualisierbarkeit verschlösse. Sie würde das subjektive öffentliche Recht auf Arbeitsbeschaffung im Ergebnis nicht weiter ausbauen wie im deutschen Recht durch Art. 12 GG, § 1 StabG ein Anspruch auf Arbeitsbeschaffung generell - auch für Behinderte im Rahmen

---

247 AuR 1972, 257 ff. (263 und 267).

der beruflichen Rehabilitation - begründet ist.
Hinzu tritt folgendes: Würde man für einen speziellen Personenkreis ein subjektives öffentliches Recht auf Arbeitsverschaffung zum Zwecke der "Invalideneinstellung" verfassungsrechtlich verankern, so bestünde die Gefahr eines Umkehrschlusses. Eine solche verfassungsrechtliche Verbürgung könnte dann nämlich leicht zur Annahme führen, nicht benannte Personengruppen seien demzufolge nicht privilegiert. Die Pflicht des Staates zur Arbeitsbeschaffung besteht allen Personen gegenüber, also generell und unbeschränkbar. Die Geschlossenheit der verfassungsrechtlichen Wertordnung würde sonst in ihrer Wirkung auf das einfache Recht und auf die Rechtsanwendung die Praxis verunsichern.
Es kann nämlich nicht übersehen werden, ob ein solch allgemeines Recht auf Arbeitsbeschaffung nicht auch anderen Personenkreisen und vielleicht noch dringlicher zuerkannt werden muß, als den benannten. Man denke nur an Stellenbewerber, die aus dem Strafvollzug entlassen worden sind und sich nun der für sie außerordentlich bedeutsamen Resozialisierung (Sozialisierung) gegenübergestellt sehen. Sie können nur resozialisiert werden, wenn sie beruflich wiedereingegliedert werden.[248]

Dem steht die Konstruktion des besonderen verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrecht auf Rehabilitation und Prävention nicht entgegen. Rückschlüsse sind aus diesem Grundrecht nicht ziehbar: Weil nur Behinderte, auf die Einstellungssituation projiziert, einen Anspruch auf Rehabilitation haben, kann man nicht sagen, daß demnach alle anderen Personen keinen Anspruch hätten. Denn die letzteren benötigten ihn nicht, weil sie sich nicht in der sozialen Spannungslage einer Behinderung und der Notwendigkeit, zu arbeiten, befinden.
Das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht auf Rehabilitation beschränkt damit nicht etwa willkürlich den schutzbedürftigen Personenkreis, sondern schließt an einen Zustand an, nämlich die Behinderung. Das von D i r s c h m i e d vorgeschlagene Recht würde dagegen aus einem unter dem Gesichtspunkt der Arbeitsbeschaffung an sich unbeschränkten Personen-

248 S.o. 3 c, S. 194.

kreis aller Arbeitsuchenden eine bestimmte Gruppe herausgreifen, somit nicht an sachlich unterscheidbare Zustände anknüpfen.
Schon das Beispiel der Resozialisierung (Sozialisierung) von zur Freiheitsstrafe Verurteilten zeigt, daß ein subjektives öffentliches Recht auf Arbeitsbeschaffung, im Sinne von Dirschmied im GG textiert, wegen der Anerkennung eines besonderen Persönlichkeitsrechts auf Resozialisierung auch den Personenkreis entlassener Gefangener ausdrücklich bezeichnen müßte.

Der Vorschlag Dirschmieds trägt daher die Gefahr in sich, einen Katalog privilegierter Personengruppen nur unvollständig und daher unzulänglich verfassungsrechtlich festzuschreiben. Er kann daher nicht als Zeichen einer tendenziell auf die Beschränkung der Einstellungsfreiheit der Arbeitgeber gerichteten Rechtsansicht notiert werden.
Es verbleibt daher bei der bisher skizzierten Grenzziehung.

cc) Beiträge mit verfassungsrechtlichen Ausgangspunkten und Erwägungen für eine privatrechtliche Einschränkung der Abschlußfreiheit

G a m i l l s c h e g [249] geht in seiner Untersuchung u.a. darüber, inwieweit die Grundrechte Gesetz, Kollektivnorm und Verhalten des Arbeitgebers beherrschen, von den Art. 1 bis 6 und 12 GG sowie von dem "Grundrecht am eigenen Arbeitsplatz" aus.[250] Die Sozialstaatsklausel wird erwähnt, "für die richterliche Wertung" jedoch ausgeklammert, weil "an zu vielen Stellen gegenwärtig, als daß ihre Einbeziehung in die vorliegende Arbeit diese nicht sprengen müßte".[251] Sie wird inhaltlich aber angedeutet (Förderung der Sicherung eines sozialen Minimums, in "ganz engen Grenzen" auch mit anspruchsbegründender Kraft), für das erwähnte "Recht am eigenen Arbeitsplatz" offensichtlich jedoch nicht weiter - jedenfalls nicht unmittelbar - geprüft.
Das Recht am eigenen Arbeitsplatz als ungeschriebene Norm hat nach der Ansicht des Autors in der Drittwirkung den gleichen

249 AcP 164, 385 ff.
250 A.a.O. S. 389.
251 A.a.O. S. 389 f.

Verfassungsrang wie die Art. 1 bis 6 und 12 GG. Aus dem Kreise solcher ungeschriebenen Normen sei es die wichtigste. Es sei nicht räumlich zu verstehen, sondern als das Recht, den Arbeitsplatz nicht ohne zwingenden Grund zu verlieren. In der Staatsrichtung sei ein solches Recht nicht denkbar, da es nicht Sache des Staates sei, dem einzelnen einen Arbeitsplatz zu schaffen und zu erhalten.
Konsequenterweise gelangt Gamillscheg zu dem Zwischenergebnis, daß das GG ein "Recht auf Arbeit" nicht enthält, daß auch Art. 12 GG nicht in diesem Sinne ausgedeutet werden kann. Demnach lehnt Gamillscheg die Existenz eines solchen subjektiven öffentlichen Rechts ab.[252] Wohl aber könne ein solches Recht in der Drittrichtung bestehen.[253] Ausgangspunkt und Rahmen der Begründung für die Drittwirkung ist seiner Ansicht nach praktisch eine staatsanaloge Spannungslage: Was dem Staat nicht erlaubt sei, sei erst recht dem Privaten verwehrt. Wenn schon der Staat gebunden sei, dann sei es erst recht der einzelne.[254]

Hier klingt der Gedanke an, den Gamillscheg ebenfalls im Zusammenhang mit der rechtssystematischen Einordnung des Arbeitsrechts in die Rechtsordnung heranzog[255] (Stichwort: Gleichheit oder Ungleichheit der Vertragsparteien). Der Staat beschränke sich selbst, weil er übermächtig sei, der Bürger ihm gegenüber sei, wo es am Willen zum Recht fehle, ein hilfsloses Nichts. Das Analogon liegt nach Auffassung des Verfassers hierin: Nur wo der einzelne dem Staat vergleichbar sei, wo er eine sog. soziale Macht, soziale Gewalt darstelle, sei seine Unterwerfung unter die gleichen Beschränkungen, wie der Staat sie sich auferlege, begründet.[256]
Die - im übrigen als Begründung der Drittwirkung häufig angeführte - soziale Gewalt, soziale Macht[257] entscheidet nach dieser Ansicht über eine Reihe von Beschränkungen einer sonst abstrakten Macht des Privaten, grundrechtswidrigen Einfluß auszuüben.

---

252 S.o. aa), S. 219.

253 A.a.O. S. 391.

254 A.a.O. S. 406.

255 Vgl. oben Abschnitt I 2 b, S. 161.

256 A.a.O. S. 407.

257 Vgl. hierzu oben Erster Teil 3. Kapitel II 1 c, S. 54 ff. (58).

"Soziale Macht" habe im Arbeitsrecht vor allen Dingen, wenn auch nicht immer, der Arbeitgeber.[258]
Auf die Einstellungssituation bezogen, gelangt Gamillscheg[259] zu der Überzeugung, daß der Arbeitgeber dort, wo er eine solche soziale Gewalt darstelle, grundrechtsunterworfen und in der Auswahl seiner Arbeitskräfte beim Abschluß des Arbeitsvertrages nicht frei sei.
Zwar wird hierdurch nicht unmittelbar deutlich, ob sich diese Beschränkung aus der Drittwirkung des ungeschriebenen, aber mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechts am Arbeitsplatz ableitet. Dies ergibt sich jedoch aus Prinzipien der Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers, die Gamillscheg später[260] vorschlägt. So besage eine erste Richtlinie: Nur ein objektives, sachliches Interesse des Betriebes könne den Grundfreiheiten des Arbeitnehmers, seinem Anspruch auf Gleichbehandlung und seinem Recht am Arbeitsplatz entgegengestellt werden, nicht dagegen der bloße Wille des Arbeitgebers im Sinne des "nach Belieben verfahren" des § 903 BGB, nicht auch die Verfolgung lediglich subjektiver, nicht arbeitsbezogener Zwecke.
Der Unternehmer, der eine soziale Machtstellung innehabe, könne seine soziale Macht nicht gebrauchen, um seine eigene Politik in Widerspruch zur allgemeinen Wertordnung zu fördern; es sei ihm auch bloße Willkür nicht erlaubt. Nur so sei es erträglich, daß sich das Großeigentum an den Produktionsmitteln in privater Hand befinde, worin eine seiner sozialen Bindungen liege.[261]

Diese Überlegungen konzentriert Gamillscheg in einem neueren Beitrag zur Kodifikation des Arbeitsrechts[262] noch deutlicher auf die Einstellungssituation: Er meint, daß bei noch weithin als unangetastet angesehener Abschlußfreiheit dem Arbeitgeber eine Macht über Menschen gegeben wäre, für die ihn sein Recht auf wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit oder sein Grundrecht

---

258 A.a.O. S. 408; vgl. hierzu den Ausgangspunkt, den Gamillscheg in diesem Zusammenhange einnimmt: s.o. Erster Teil 3. Kapitel II 1 e, S. 63.

259 A.a.O. S. 417.

260 A.a.O. S. 432 ff.

261 A.a.O. S. 436.

262 In der Festschrift für Werner Weber, S. 793 ff. (802).

auf Schutz des Eigentums am Unternehmen nicht legitimierten. Die Rechtsordnung könne nicht einerseits das Eigentum an den Produktionsmitteln schützen, andererseits dem Unternehmer jedoch gestatten, mit seiner Einstellungspolitik Unterscheidungen zu pflegen, die zu treffen der Staat sich selbst verbiete, und die der Arbeitgeber bei bestehendem Arbeitsverhältnis (entsprechend § 75 BetrVG und dem Gebot der Gleichbehandlung) ebenfalls nicht zugrunde legen dürfe.
Der Verfasser fordert daher, daß dem Arbeitgeber die Auswahl bei der Einstellung eines Bewerbers um einen freien Arbeitsplatz nach anderen als sachbezogenen Gründen etwa in einem künftigen Arbeitsvertragsgesetz untersagt wird; insbesondere dürfe er nicht nach Eigenschaften unterscheiden, die in Art. 3 III GG als Unterscheidungsmerkmale ausgeschlossen seien; ebensowenig dürfe er einen Bewerber, der die Voraussetzungen für die Einstellung erfülle, ohne Grund oder aus nichtigem Grund abweisen:[263] der grundlos oder aus unzulässigem Grund abgewiesene Bewerber müsse deshalb nach dem (geplanten) Arbeitsvertragsgesetz einen Anspruch auf Einstellung haben.[264]

Festzuhalten ist somit, daß nach dieser Ansicht die staatsanaloge Situation der "sozialen Macht" der Arbeitgeber - etwa durch deren wirtschaftliche Überordnung gekennzeichnet - die Phase der Einstellungsverhandlungen nachhaltig beeinflussen und zu einer generellen Beschränkung der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber führen soll. Gleichzeitig liegt dieser Vorschlag auf der Linie jener Überlegungen, mit denen Gamillscheg zur These über die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts Stellung nahm:[265] Vorprüfung, ob die Anwendung bürgerlich-rechtlicher Grundsätze im Arbeitsrecht zu tragbaren Lösungen führt.

Zum gleichen Ergebnis einer dem Arbeitgeber untersagten willkürlichen Benachteiligung und Abweisung eines Bewerbers ohne sachgezogenen Grund gelangt B a d u r a in zwei Arbeiten,

---

263 A.a.O. S. 802.
264 A.a.O. S. 803.
265 S.o. I 2 b, S. 161 ff.

in denen er sich - mit unterschiedlichem Gewicht - mit "Grundfreiheiten der Arbeit" ("Recht auf Arbeit" und einer seiner Untergruppen "Recht auf einen Arbeitsplatz") befaßt.[266, 266 a] Dieses Ergebnis entwickelt er vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund der sozialen Grundrechte.[267] Danach lassen sich die gegebenen oder geforderten sozialen Grundrechte nach ihrer Schutzrichtung u.a. zur Gruppe "Grundfreiheiten der Arbeit" konkretisieren. Zu ihnen rechnet der Autor neben anderem das Recht auf einen (bezahlten) Arbeitsplatz.[268] Dabei ergibt der Zusammenhang der Ausführungen, daß es sich hierbei um einen engeren Kreis arbeitsrechtlicher Grundrechte handelt, den Badura auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses beschränkt.[269]

Diese Grundfreiheiten der Arbeit seien in dem Sinne soziale Grundrechte, als sie sich auf die besondere Schutzwürdigkeit der in abhängiger Arbeit Tätigen bezögen: sie entfalteten einen wesentlichen Teil ihrer Schutzwirkung gegenüber dem Arbeitgeber und den sozialen Mächten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses, der betriebsverfassungsrechtlichen Organisation und des kollektiv verfaßten Wirtschafts- und Arbeitslebens; sie implizierten einen Auftrag des Staates, durch die Gestaltung der Wirtschafts- und Arbeitsordnung, die Vorhaltung von Einrichtungen und die Gewährung von Leistungen die Arbeitnehmer nach dem Maßstab der sozialen Gerechtigkeit zu fördern.[270]

Badura geht demnach von einem "sozialen Grundrecht auf Arbeit" aus. Dessen Qualität als Rechtsbegriff und Grad der inhaltlichen Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit ist für die rechtlich zu bewertende Chance eines Einstellungsgesuchs bedeutsam. Um dies aufarbeiten zu können, erscheint ein Rückgriff auf den Leitgedanken und den Begriff der Grundfreiheiten der Arbeit, die Badura wiedergibt, tunlich.

---

266 In der Festschrift für Friedrich Berber, S. 11 ff; ferner in Der Staat 1975, S. 17 ff.

266 a In seiner Diktion ist der Begriff "Grundfreiheiten der Arbeit" gleichzusetzen mit "arbeitsrechtliche Grundrechte" (so z.B. in der Festschrift für Berber, S. 14), "Recht auf Arbeit" (vgl. Der Staat 1975, 22).

267 S.o. Einleitung 2 a, S. 2 f., und 2 c, S. 5.

268 Der Staat 1975, 17 ff. (22); Festschrift für Berber, S. 11 ff. (13, 21 unter 8, S. 43).

269 In der Festschrift für Berber, S. 14.

270 A.a.O. Festschrift für Berber, S. 11 ff. (42).

Deren Leitgedanke liegt - entsprechend ihres Charakters als "soziales Grundrecht" - "im rechtlichen Schutz der Persönlichkeit und Selbstbestimmung desjenigen, der auf eine Existenz in abhängiger Arbeit angewiesen ist"[271] - auf eine wirtschaftlich und s o z i a l gesicherte Existenz in abhängiger Arbeit, wie hier hinzuzufügen ist. Daraus läßt sich die begriffliche Deutung ableiten: Arbeitsrechtliche Grundrechte seien die grundlegenden Freiheiten, "auf die der in abhängiger Arbeit seine Daseinsgrundlage findende Arbeitnehmer angewiesen ist, um das mögliche Maß seiner Selbstbestimmung und seiner sozialen Sicherheit gegenüber dem Arbeitgeber, den kollektiven Mächten des Arbeitslebens und dem Staat zu behaupten".[272]

Eine Verbindungslinie zwischen den Grundfreiheiten der Arbeit und dem Sozialstaatsprinzip wird sichtbar: Die Bedeutung sozialer Grundrechte wird nach den weiteren Ausführungen Baduras[273] durch den Ausgangspunkt geprägt, der für das GG und den durch diese Verfassung konstituierten demokratischen und sozialen Rechtsstaat vorgezeichnet sei: Aufgabe des liberalen Vorrangs von "Freiheit und Eigentum", aber Festhalten daran, daß der Staat Arbeit, Wohlfahrt und soziale Sicherheit bei grundsätzlich privatwirtschaftlicher Produktion, Leistung und Verteilung zu gewährleisten habe. Hier sei Freiheit des einzelnen in den sozialen und wirtschaftlichen Beziehungen für die meisten nicht eine Funktion des Eigentums, sondern eine Funktion der Arbeit und der die Bedingungen der Arbeit und ihres Ertrages unablässig beeinflussenden Gesetzgebung und Verwaltung.

Dementsprechend leite sich im Regelfall die soziale Sicherheit vornehmlich von der staatlichen Garantie ab, die u.a. in Sozialpolitik und Arbeitsrecht zu Tage trete.[274] Diese Garantie gründe sich verfassungsrechtlich auf den Sozialstaatssatz.

---

271 Festschrift für Berber, S. 14.

272 Festschrift für Berber, S. 14; Der Staat 1975, 17 ff. (38).

273 Der Staat 1975, 17 ff. (21 f.).

274 S.auch Scheuner, DÖV 1971, 505 ff. (511) unter Hinweis auf Suhr, Der Staat 1970, 67 ff. (79 ff.).

U.a. das Arbeits- und Sozialrecht sowie sonstige Gesetze, die als Verwirklichung sozialer Ziele angesehen werden könnten, stellten eine situations- und entwicklungsbezogene Erfüllung dieser Rechte dar. Im Falle des Grundgesetzes ließen sich derartige Rechtsvorschriften dem Sozialstaatssatz und spezielleren Normen und Garantien des Verfassungsrechts zuordnen.[275]

Da auch Grundfreiheiten der Arbeit mit ihrem engeren Kreis, welcher auf die Begründung von Arbeitsverhältnissen bezogen ist, zu den sozialen Grundrechten gehören, ergibt sich nach der Ansicht Baduras somit die Verbindung zwischen den Grundfreiheiten der Arbeit und dem Sozialstaatsprinzip ("Zum Schutze der abhängigen Arbeit treten sozialstaatliche und grundrechtliche Garantien in erster Linie im Sinne des 'Rechts auf Arbeit'... zu Tage"[276]) - auf den engeren Kreis der Begründung von Arbeitsverhältnissen abgestellt: die Verbindung zwischen dem Recht auf einen Arbeitsplatz und dem Sozialstaatsprinzip.
Die Überlegungen zum Wesen und zur begrifflichen Deutung der Grundfreiheiten der Arbeit konzentriert Badura u.a. auch auf dieses Recht auf einen Arbeitsplatz. Dieser Schritt ist für den Grad der inhaltlichen Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit wichtig: Ein Recht auf einen Arbeitsplatz, das gegenüber einem bestimmten Arbeitgeber geltend gemacht werden könnte, kenne das GG nicht. Immerhin umfasse "der Sozialstaatssatz auch die Verpflichtung des Staates zur Arbeitsplatzbeschaffung im Sinne des Einsatzes aller verfassungsrechtlich möglichen Mittel der Vollbeschäftigungspolitik". Dabei verweist der Autor auf § 1 StabG, Teil II Art. 1 EurSCh mit dem als staatliche Verpflichtung gewährleisteten Recht auf Arbeit,[277] greift beide Normen jedoch nicht weiter auf.[278] Die verfassungsrecht-

275 Der Staat 1975, 17 ff. (29).

276 Badura, Der Staat 1975, 17 ff. (38 m.w.N.).

277 In der Festschrift für Berber, S. 22.

278 Die Begründung hierfür liegt wohl hierin: Das Übereinkommen der EurSCh ist zwar geltendes deutsches Recht kraft Transformation, begründet innerstaatlich aber nur den Auftrag, die als "Rechte" ausgedrückten Ziele und Programme durch die Gesetzgebung zu erfüllen (im übrigen schafft die EurSCh völkerrechtlich die Verpflichtung der Staaten, die Rechte der Charta zu verwirklichen; vgl. hierzu z.B. Badura in der Festschrift für Berber, S. 41, und Richardi "Betriebsverfassung und Privatautonomie", S. 31 f.).

liche Garantie der grundsätzlich privatwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung überlasse dem Arbeitgeber die Disposition über die Arbeitsplätze, verleihe dieser Dispositionsmöglichkeit aber kraft der sozialstaatlichen und sozialen Bindungen des Unternehmereigentums und der unternehmerischen Wirtschaftsfreiheit zugleich einen gewissermaßen "treuhänderischen" Charakter.[279] Das Gesetz, aber auch die Grundsätze des Arbeitsrechts bestimmten, welches Ausmaß diese Bindung der Disposition des Unternehmers je nach Eigenart und Größe des Unternehmens besitze.[280]

Badura[281] erwägt sodann, "ob nicht bereits dem geltenden Recht ein Anspruch des Arbeitsplatzbewerbers gegen den potentiellen Arbeitgeber auf eine sachbezogene objektivierte Entscheidung über seine Bewerbung angehört, das sich als arbeitsrechtliches Grundrecht formulieren ließe. Die Fassung eines derartigen 'Rechts auf einen Arbeitsplatz' müßte deutlich machen, daß es eine Einschränkung des Grundsatzes darstellt, daß die Entscheidung des Arbeitgebers über die Einstellung in der Vertragsfreiheit begründet ist".

Damit beschränkt Badura die grundsätzlich privatautonome, wenngleich betriebsverfassungsrechtlich beschränkte Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers über Bewerbungen generell durch das Verbot einer willkürlichen Benachteiligung und Abweisung des Stellenbewerbers ohne sachbezogenen Grund.[282]

Beide Stellungnahmen des Autors zielen somit auf die künftige Ausgestaltung eines Rechts auf einen Arbeitsplatz. Sie liefern, soweit sie gerade referiert worden sind, einen wichtigen Hinweis für dessen inhaltliche Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit. Weitere Ausführungen Baduras betreffen die legislatorische Ausgestaltung der arbeitsrechtlichen Grundrechte. Sie sind für die weitere Voraussetzung der Verbindlichkeit dieser Grundrechte

---

279 Badura in der Festschrift für Berber, S. 22; ähnlich Gamillscheg in der Festschrift für Werner Weber, S. 802.

280 Vgl. hierzu den Vorschlag Gamillschegs zur Interessenabwägung, AcP 164, 385 ff. (432 ff.) und oben Erster Teil 3. Kapitel II 1 e, S. 63 f.

281 In der Festschrift für Berber, S. 22; vgl. auch Der Staat 1975, 17 ff. (39).

282 Ebenso Gamillscheg, der Unterscheidungsmerkmale des Art. 3 III GG zusätzlich benennt (s.o. S. 228 f.).

für ihre Normqualität wichtig. Gleichzeitig liefern sie für eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung insofern bedeutsame Hinweise, als sie den tatsächlichen Befund der arbeitsrechtlichen Vertragsfreiheit vervollständigen.
Für Badura muß das Ziel, Grundrechte der abhängigen Arbeit zu normieren, nicht notwendig zu neuen Grundrechtsbestimmungen im Verfassungsgesetz führen: Es könne dabei nur daran gedacht sein, die bestehenden Grundrechte, zuerst die Würde des Menschen und das allgemeine Persönlichkeitsrecht, für den Bereich der abhängigen Arbeit gesetzlich zu konkretisieren und sie zugleich als Basisregeln für das Arbeitsrecht auszuformen. In einem etwa zu formulierenden Allgemeinen Teil eines Arbeitsgesetzbuches könnten auch arbeitsrechtliche Grundrechte einen Platz finden, möglicherweise begleitet durch eine Ergänzung des GG.[283]
Auf der Grundlage dieses Alternativvorschlags umreist Badura[284] die hauptsächliche Schwierigkeit der rechtlichen Positivierung der Grundfreiheiten der Arbeit. Sie liege in deren (oben dargestellten) Leitgedanken.[285] In ungleich größerem Maße als die klassischen individuellen Freiheitsrechte schlössen sie programmatische und direktive Feststellungen ein, die auf die Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und damit auf das Kernstück der Gesellschaftsordnung gerichtet seien.
Die erwähnte Schwierigkeit ergibt sich einmal allgemein durch den rechtlichen Wert der Grundrechte, der davon abhängig ist, daß die Grundrechtspraxis in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft den Verfahren juristischer Argumentation und Begründung entspricht. Badura[286] führt dazu aus, daß zu diesen Verfahren beispielsweise gehöre, sorgfältig danach zu unterscheiden, ob und gegen wen Grundrechtsbestimmungen Ansprüche einzelner begründeten und ob und mit welcher Bindungskraft Grundrechtsbestimmungen Programme, Richtlinien oder Aufträge für die politisch bestimmte Gesetzgebung aussprächen. Zum anderen wird die Fixierung eines Grundrechts auf einen Arbeits-

283 Festschrift für Friedrich Berber, S. 12.
284 Festschrift für Friedrich Berber, S. 14.
285 S.S. 231.
286 Festschrift für Friedrich Berber, S. 13.

platz dadurch schwierig, wenn man sich - woran auch Badura erinnert[287] - den Vorteil des deutschen Verfassungsrechts vor Augen führt. Er besteht in dem den Grundrechten des GG fast durchweg eigenen Charakter anspruchsbegründenden, unmittelbar wirksamen Rechts: "Autorität und Glaubwürdigkeit der Verfassung beruhen auf der durch sie rechtlich gewährleisteten und individualisierten Freiheit".[288]

Schließlich ergibt die oben geschilderte begriffliche Festlegung einen weiteren Gesichtspunkt, der bei der legislatorischen Ausgestaltung des Grundrechts auf einen Arbeitsplatz zu beachten ist: Badura[289] meint dazu, die Qualität auch des Rechts auf einen Arbeitsplatz betonend: "Die Grundfreiheiten der Arbeit gehen über die klassischen Freiheitsrechte jedenfalls dadurch hinaus, daß ihre Schutzrichtung sich vornehmlich gegen soziale Gewalten wendet und daß sie als 'soziale' Grundrechte auch Teilhabe- und Gestaltungsrechte umschließen." Sie umfassen danach nicht nur individualistisch gefaßte Abwehrrechte.

Von diesen zu bewältigenden Voraussetzungen für eine legislatorische Ausgestaltung der arbeitsrechtlichen Grundrechte - auch des Rechts auf einen Arbeitsplatz - her stellt sich das Problem der Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht nach den Ausführungen Baduras[290] richtigerweise nicht: Der Gesetzgeber hat es in der Hand, dieses Drittwirkungsproblem durch die unmittelbare Kodifizierung der arbeitsrechtlichen Grundrechte (im Arbeitsrecht) zu überspielen. Es stellte sich allerdings, wenn der Gesetzgeber eine Grundgesetzänderung in Betracht zöge. Abgesehen hiervon, haben die mit Hilfe der Drittwirkung der Grundrechte in der Gerichtspraxis entwickelten Rechtsgedanken und Grundsätze dem Gesetzgeber wichtige Anhaltspunkte geliefert.[291] Daher spricht Badura bei dem oben dargestellten Recht auf einen Arbeitsplatz von einem "Anwendungs-

---

287 Der Staat 1975, 17 ff. (24 f.).

288 Badura, Der Staat 1975, 17 ff. (25); Festschrift für Berber, S. 44.

289 Der Staat 1975, 17 ff. (24).

290 Festschrift für Berber, a.a.O. S. 20.

291 Vgl. z.B. § 75 I 1 BetrVG 1972; § 51 Satz 1 BetrVG 1952 (arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz); § 75 II BetrVG 1972 (Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit der Arbeitnehmer, Art. 2 I GG).

feld grundrechtlicher Wirkungen im Arbeitsrecht".[292] Der Verfasser deutet damit offensichtlich die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in das Privatrecht an; sie hat auch auf anderen Bereichen zur inhaltlichen Konkretisierung insbesondere von bürgerlich-rechtlichen Generalklauseln geführt.[293] Badura führt die Frage, "ob nicht bereits dem geltenden Recht ein Anspruch des Arbeitsplatzbewerbers gegen den potentiellen Arbeitgeber auf eine sachbezogene objektivierte Entscheidung über seine Bewerbung angehörten ...", nicht weiter. Vielmehr bietet er im Rahmen seines skizzierten Alternativvorschlags zur Kodifikation des Arbeitsrechts näher folgende Lösung an:
Bezüglich der ersten Möglichkeit (konkretisierende Verdeutlichung arbeitsrechtlicher Grundrechte im Rahmen des bestehenden Grundrechtskatalogs der Verfassung) hätte das Vorgehen als praktische Zielsetzung die Abfassung eines in das Arbeitsgesetzbuch einzufügenden Rechtekatalogs zur Folge.[294] Das bezüglich seiner inhaltlichen Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit behandelte Recht auf einen Arbeitsplatz (Einstellungssituation) wäre Bestandteil dieses Katalogs.[295] Den arbeitsrechtlichen Grundrechten würde somit neben den verfassungsrechtlichen Grundrechten ein selbständiger Regelungswert zukommen[296] (arbeitsrechtliche Grundrechte - im untechnischen Sinne - im Arbeitsrecht und nicht als Bestandteil des GG).
Bezüglich der Alternative (Aufnahme arbeitsrechtlicher Grundrechte in den Allgemeinen Teil eines Arbeitsgesetzbuches mit Änderung und Ergänzung des Grundrechtskatalogs der Verfassung) wäre es möglich, eine umfassende Regelung der Grundfreiheiten der Arbeit anzustreben. "Bei einem derartigen Regelungsziel würden die arbeitsrechtlichen Grundrechte zu dem Hauptschauplatz der Auseinandersetzung über die Stellung der Arbeit, des Arbeitsrechts, der Arbeitnehmer und Arbeitgeber und der Koalition in der Rechtsordnung"[297] - mit dem "Recht auf Arbeit" als

---

292 Festschrift für Berber a.a.O. S. 21.

293 Z.B. das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. § 823 I BGB als "sonstiges Recht" auf Grund der Art. 2 I, 1 I GG (vgl. hierzu zusammenfassend BVerfG NJW 1973, 1221 ff.).

294 Festschrift für Berber, S. 18.

295 Festschrift für Berber, S. 21.

296 Festschrift für Berber, S. 19.

297 Festschrift für Berber, S. 19 f.

Angelpunkt eines solchen Rechtskatalogs. Zu den Untergruppen dieses Rechts auf Arbeit zählt Badura auch hier das "Recht auf einen Arbeitsplatz",[298] das - suggestiv als subjektive Berechtigung formuliert - außer den daraus etwa ableitbaren Individualrechten programmatische Grundsätze für die Wirtschaftsordnung einschließe; sie könnten durch die Aufnahme in die Verfassung als Auftrag an den Staat, besonders die Gesetzgebung, wirksam werden.[299]

Im Gegensatz zur begrenzten Normierbarkeit sozialer Grundrechte[300] - keine daraus ableitbaren gerichtlich durchsetzbaren Individualrechte - hält es Badura für zulässig, u.a. ein "Recht auf den Arbeitsplatz" als individuelles Recht und als individualisierbare Pflicht eines Dritten für die Einstellungssituation zu normieren. Es sei ein Ausschnitt aus dem (sozialen) Recht auf Arbeit, der nicht - wie sonst bei den auf Teilhabe und Leistung gerichteten sozialen Grundrechten - auf eine weitere Tätigkeit des Gesetzgebers angewiesen sei.

Für die beim Alternativvorschlag erhobene doppelte Richtung der Kodifikation arbeitsrechtlicher Grundrechte hält Badura schließlich folgendes für möglich: einerseits Aufnahme von Leitprinzipien des Arbeitsrechts in das GG - dadurch könnte das GG die in der Rechtsordnung erreichte Entwicklung des sozialen Rechtsstaates klar zum Ausdruck bringen und den Fortgang der Gesetzgebung anregen und mit einer bindenden Perspektive versehen[301] (verfassungsergänzende Festlegung programmatischer Grundfreiheiten der Arbeit in einer lapidaren Formulierung, ggf. ergänzt durch speziellere Grundsätze); andererseits - was auf das Recht auf einen Arbeitsplatz zutrifft - Aufnahme der als Individualrechte formulierbaren Grundfreiheiten der Arbeit in einem Arbeitsgesetzbuch.[302]

Zu dem zuerst genannten Schritt einer verfassungsergänzenden Festlegung programmatischer Grundfreiheiten der Arbeit in einem Arbeitsgesetzbuch sei auf den folgenden Zusammenhang mit

---

298 Festschrift für Berber, S. 35.

299 Festschrift für Berber, S. 36.

300 Vgl. Badura in der Festschrift für Berber S. 43 und dazu oben S. 72 f. mit Fn. 223.

301 Festschrift für Berber, S. 44 und dazu oben S. 74 mit Fn. 223.

302 Festschrift für Berber, S. 45; so auch Gamillscheg, vgl. oben S. 228.

den Ausführungen zur Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips[303] hingewiesen: Badura fordert für die Kodifizierung, "daß der größere Zusammenhang mit den Wirtschaftsfreiheiten und den aus diesen abzuleitenden Ordnungsgrundsätzen des Wirtschaftslebens berücksichtigt und durch eine folgerichtig abgleichende Regelung zur Geltung gebracht wird".[304] Für den Autor ist dies eine sachliche Bedingung einer solchen Verfassungsergänzung.
Das wäre eine Verdeutlichung des Sozialstaatssatzes auf arbeitsrechtlichem Gebiet und damit eine Auffüllung des kompromißhaften Minimums sozialstaatlicher Vorstellungen durch sozialphilosophisch begründete Ordnungsziele. Badura meint ebenfalls, daß eine solche Kodifikation die vom Parlamentarischen Rat vermiedene Entscheidung nachholen würde. Er fragt allerdings, "ob heute die politischen Möglichkeiten für eine verfassungsrechtliche Kodifikation von Grundfreiheiten der Arbeit gegeben sind".[305]

Zusammenfassend betrachtet, erwägt auch Badura, die Einstellungschance aller Arbeitnehmer rechtlich zu qualifizieren. Er erhöht sie durch das Recht auf einen Arbeitsplatz. Von seinem Ausgangspunkt her behandelt Badura dieses Recht als soziales Grundrecht und damit als Ausgestaltung des Sozialstaatsprinzips.
Die Justiziabilität dieses Rechts wird durch das Verbot der willkürlichen Benachteiligung und Abweisung eines Bewerbers ohne sachbezogenen Grund gewährleistet. In bezug auf die Normqualität dieses Rechtes kann die Ausgestaltung sowohl zu einer verfassungsrechtlichen Verankerung führen als auch zu einer Textierung in einem Arbeitsgesetzbuch.
Gerade seine oben skizzenhaft wiedergegebenen Ausführungen zur Normqualität des Rechts auf einen Arbeitsplatz verdeutlichen - wiederum vom Ausgangspunkt sozialer Grundrechte her betrachtet -, daß ein individuelles Recht auf Arbeit in einem Arbeitsgesetzbuch textiert werden kann. Es ist denkbar, es als

---

303 S.o. Zweiter Teil Kapitel 3, S. 129 ff.
304 Festschrift Berber, S. 44.
305 Festschrift Berber, S. 44 f.

individualisierbare Pflicht eines Dritten rechtlich zu individualisieren.[306] Das ist möglich, weil das Recht auf einen Arbeitsplatz als soziales Grundrecht nicht - wie es sonst bei auf Teilhabe und Leistung gerichteten sozialen Grundrechten der Fall ist - auf eine weitere Tätigkeit des Gesetzgebers angewiesen ist. Insofern führt das Recht auf einen Arbeitsplatz, wie die Ansicht Baduras ergibt, zu einer generellen Beschränkung der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber.

Mit dem einen Element der Privatautonomie, der Abschlußfreiheit im Arbeitsrecht, befaßt sich auch R i c h a r d i .[307] Dabei knüpft er an die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Grundrechts der Berufsfreiheit in Art. 12 GG in der Ausformung an, die es durch das Apothekenurteil des BVerfG[308] fand.
Die Gewährleistung ergebe, "daß die rechtliche Ordnung der abhängigen Arbeit sich grundsätzlich innerhalb einer herrschaftsfreien Sozialordnung entfalten soll und deshalb auf dem Grundsatz der Selbstbestimmung beruhen muß".[309]
Richardi umschreibt damit den für die Privatautonomie und folglich den für die Vertragsfreiheit konstitutiven Gedanken. Die "gesetzliche Genealogie der Arbeitsvertragsfreiheit"[310] mit ihrem Ausgangspunkt, der liberalen Ideologie des 19. Jahrhunderts, führt Richardi zu einer Feststellung, die bereits bei der Auseinandersetzung über die rechtssystematische Stellung des Arbeitsrechts in der Rechtsordnung anklang: Es sei Aufgabe der Rechtsordnung, die Funktionsvoraussetzungen für die Privatautonomie zu schaffen.[311] Sie könne "nicht von einem Instrumentarium aus bestimmt werden, das nur unter bestimmten gesellschaftlichen Voraussetzungen idealtypisch ein Höchstmaß an Selbstbestimmung gewährleistet. Der individuelle Vertrag

---

306 Badura in der Festschrift für Berber, S. 43.
307 Betriebsverfassung und Privatautonomie, bes. S. 28 ff.
308 BVerfG E 7, 377 ff. (bes. S. 397).
309 A.a.O. S. 7.
310 A.a.O. S. 10.
311 Vgl. oben Zweites Kapitel I 2 d, S. 165 ff.

ist nur in der Eigentümergesellschaft das privatautonome Gestaltungsmittel par excellence. In der modernen Arbeitnehmergesellschaft ist dagegen die Privatautonomie eine Aufgabe der Rechtsordnung".[312]

Hierdurch wird eine Verbindungslinie zwischen der von Richardi beurteilten "These von der Eigenständigkeit des Arbeitsrechts" und der Abschlußfreiheit im Arbeitsrecht erkennbar. Sie führt ihn schließlich zur Bedeutung der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung für die Einstellung von Arbeitsplatzbewerbern:

Die Anerkennung der Abschlußfreiheit führe zu einer sozialen Abhängigkeit, die eine Ordnung nach dem Grundsatz vernünftiger Selbstbestimmung in Frage stellen könne. Dies leitet zu der Ordnungstatsache einer Arbeitnehmergesellschaft über, in der Menschen nur in abhängiger Arbeit ihre Existenzgrundlage finden könnten. U.a. wie Badura und Gamillscheg meint Richardi hierzu, daß der Inhaber von Verfügungsgewalt über die Produktionsmittel im Verhältnis zu den anderen, die lediglich ihre Arbeitskraft anzubieten vermöchten, eine Machtposition erhalte.[313] Ein Recht auf Arbeit, dessen Diskussion Richardi aufgreift, könne (in einer freiheitlichen Marktwirtschaft[314]) kein subjektives Recht sein, sondern es umschreibe einen gesellschaftsordnenden Auftrag.[315] Hierin liege "der notwendige Ordnungsauftrag, der das Grundrecht der Berufsfreiheit in Art. 12 GG mit Substanz erfüllt":[316] einschneidender als die staatlichen Zulassungsvoraussetzungen wirkten personalpolitische Maßnahmen der Unternehmen, ob und unter welchen Voraussetzungen jemand einen Arbeitsplatz erhalten kann. Unter den Funktionsvoraussetzungen einer freiheitlichen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung betrachtet Richardi[317] die Mitbestimmung des Betriebsrats daher bereits auf der Stufe der Personalpla-

---

312 A.a.O. S. 12.

313 A.a.O. S. 29.

314 A.a.O. S. 31, vgl. schon oben II 5 b, aa), S. 220 f.

315 A.a.O. S. 32.

316 A.a.O. S. 32; ders. in Dietz/Richardi, BetrVG § 92 Vorbem. 5.

317 A.a.O. S. 40.

nung (§§ 92 ff. BetrVG[318]) als ein wichtiges Instrumentarium, um die personalpolitischen Maßnahmen der Unternehmen unter den Rechtsgedanken zu stellen: um Abhängigkeiten zu begrenzen und damit für das Recht auf Arbeit eine materielle Grundlage zu schaffen, die ihrerseits eine Funktionsvoraussetzung für die Privatautonomie im Bereich der abhängigen Arbeit darstelle.[319]

Indessen wird die geringe Durchschlagskraft des mitbestimmungsrechtlichen Instrumentariums auf diesem Sektor augenfällig: Selbst unter der günstigsten Voraussetzung - des dem Betriebsrat gem. § 95 II BetrVG zustehenden Initiativrechts bei der Aufstellung von Auswahlrichtlinien u.a. für Einstellungen - wirkt es sich anspruchsbegründend nicht aus: § 95 II BetrVG verpflichtet zwar den Arbeitgeber zur Aufstellung von Auswahlrichtlinien, nicht aber zur Einstellung von Arbeitnehmern etwa auf Grund eines Unterstützungsantrags des Betriebsrats. Dieser hat nur die Möglichkeit des § 99 BetrVG; er kann die Zustimmung zur Einstellung unter Voraussetzungen verweigern, nicht aber die Einstellung erzwingen.[320]

Die geringe Durchschlagskraft sogar des Initiativrechts des Betriebsrats gem. § 95 II BetrVG als Instrument für die Grundlegung und den Ausbau eines Rechts auf Arbeit ergibt sich ferner aus dem BetrVG-Zusammenhang. Das Gesetz bezeichnet Anhaltspunkte für den Inhalt von Auswahlrichtlinien nicht. Das läßt dem freien Spiel gruppenegoistischer Gesichtspunkte ein weites Feld.[321]

Zwar könnte man dem entgegenhalten, daß § 80 I Ziffer 4 BetrVG (allerdings schon durch § 80 I Ziffer 1 BetrVG gewährleistet) und § 20 SchwbG[322] es dem Betriebsrat zur Amtspflicht machten, die Eingliederung Schwerbehinderter und sonstiger besonders schutzbedürftiger Personen zu fördern; daß insofern also gruppenegoistische Widersetzungen gegen die Einstellung

---

318 Vgl. oben II 3 d, S. 194 ff.

319 A.a.O. S. 38, allgemein zur Hilfsfunktion der Mitbestimmung für ein Recht auf Arbeit.

320 Vgl. im übrigen oben II 3 d, bb), S. 196 f.

321 Vgl. auch die Bedenken von Richardi, a.a.O. S. 40.

322 Vgl. hierzu allgemein oben 1.Kapitel I, S. 141.

dieses Personenkreises eine Barriere errichtet sei. Jedoch steht die Sanktion einer diesbezüglichen Amtspflichtverletzung des Betriebsrats oder eines seiner Mitglieder unter den engen Voraussetzungen des § 23 BetrVG. U.a. müssen die Amtspflichten danach grob verletzt worden sein, d.h. es muß sich um einen objektiv erheblichen Verstoß, um eine handgreifliche und offensichtlich schwerwiegende Amtspflichtverletzung[323] gehandelt haben. Gerade in Fällen des hier in Betracht kommenden Unterlassens werden diese engen Voraussetzungen nur höchst selten gegeben sein.

Es verbleibt damit bei der Initiative des an den Interessen der Belegschaft ausgerichteten Betriebsrats. Besteht nun ein entsprechendes soziales, auf die Rehabilitation Behinderter gerichtetes Interesse der Belegschaft nicht, so fehlt es an einem, die Initiative des Betriebsrats auslösenden Anstoß. Nur dieses Interesse könnte die Betriebsvertretung zu egoistischem Eintreten anspornen, etwa zum Abschluß von Betriebsvereinbarungen über die Einstellung von Behinderten und medizinisch Rehabilitierten (§ 80 I Ziffer 4 BetrVG).

Insofern ist das von Richardi bezeichnete Instrumentarium "eine wohlmeinende, aber ineffektive gesetzgeberische Deklamation".[324]

Das kollektive Belegschaftsinteresse kann sogar im Rahmen der Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Einstellung (§ 99 BetrVG) dem individuellen Interesse des Bewerbers um den Arbeitsplatz entgegenstehen. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats hat folglich auch auf diesem Sektor für die materielle Grundlage eines Rechts auf Arbeit einen sehr beschränkten Einsatzwert. Der Katalog zulässiger Weigerungsrechte des Betriebsrats nach § 99 BetrVG zeigt, daß dem Interesse der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer (verständlicherweise) der Vorrang gegeben wird.

---

323 BAG AP Nr. 1 zu § 23 BetrVG.

324 Ramm, AuR 1963, 161 ff. (161) zu dem gleichlautenden Text des § 54 I d BetrVG 1952.

Richardi meint zur Einstellungssituation daher zutreffend: Für den, der draußen steht, könnten beispielsweise allein deshalb die Betriebstore verschlossen bleiben, weil die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, daß infolge seiner Einstellung im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer gekündigt werden oder sonstige Nachteile erleiden, ohne daß dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist (§ 99 II Nr. 3 BetrVG).[325]
Zweifellos stehen sich hier u.a. die Interessen der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer an der Erhaltung ihres Arbeitsplatzes und die Interessen der Bewerber um den Erwerb eines Arbeitsplatzes gegenüber. Richardi beschränkt das Interessenverhältnis daher: Das Recht des Bewerbers auf Arbeit sei entwertet, wenn gruppenegoistische Gesichtspunkte Mauern der Abschließung um die im Betrieb vorhandenen Arbeitsplätze bauten. Deshalb könne Schutzzweck für den in § 99 II Nr. 3 BetrVG genannten Widerspruchsgrund nur die Erhaltung des status quo der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer sein.[326] - Es genüge nicht, daß durch die Einstellung einem im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer ein Vorteil entgehe.[327] Nur dieses, insoweit beschränkte, Interesse der Belegschaft hat nach dieser Ansicht gegenüber dem Interesse der Arbeitsplatzbewerber Vorrang.
Auf diesem letzgenannten Sektor wirkt das Instrumentarium des Betriebsverfassungsrechts nach der Ansicht Richardis allerdings nicht gegen die Abschlußfreiheit des Arbeitgebers, sondern gegen die von § 99 BetrVG ermöglichte breite Ermessenshandhabe des Betriebsrats. Daher kommt dem für den Ausbau eines Rechts auf Arbeit (Recht auf einen bezahlten Arbeitsplatz) eine bedingte Bedeutung zu: Schaffung der materiellen Grundlage eines Rechts auf Arbeit dadurch, daß der Stellenbewerber vor einer gruppenegoistisch begründeten Zustimmungsverweigerung betriebsverfassungsrechtlich geschützt wird.
Demzufolge kommt nach der Ansicht Richardis nur das Initiativrecht des Betriebsrats gem. § 95 II BetrVG in Betracht, wenn

---

325 Richardi, "Betriebsverfassung und Privatautonomie", S. 41.
326 A.a.O. S. 41.
327 Dietz/Richardi, BetrVG § 99 Rdnr. 102.

es um den Ausbau eines Rechts auf Arbeit in der Blickrichtung auf den Arbeitgeber geht.
Freilich darf die Wirkung dieses Instrumentes aus den angeführten Erwägungen nicht überschätzt werden. Nur wenn es gruppenegoistische Bestrebungen zurückzudrängen, eine solidarische Verbindung zwischen Arbeitsplatzinhabern und -bewerbern (medizinisch Rehabilitierte und Behinderte) zu knüpfen in der Lage wäre, wäre ihm durch eine dementsprechende Formulierung der Auswahlrichtlinien ein höherer Wirkungsgrad beigelegt. Allerdings würde dies die Abschlußfreiheit des Arbeitgebers noch nicht tangieren.
Erst wenn man über diesen Schritt hinaus und mit der oben vertretenen Konsequenz[328] aus dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Auswahlrichtlinien die Beschränkung der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber folgerte, wäre das von Richardi behandelte Recht auf Arbeit rechtsprinzipiell konkretisierbar.

dd) Ergebnis

Von den erörterten verfassungsrechtlichen Beiträgen und Beiträgen mit verfassungsrechtlichem Ausgangspunkt tendieren nur die Stellungnahmen Gamillschegs[329] und Baduras[330] zu einer Modifizierung der Abschlußfreiheit der Arbeitgeber im Arbeitsrecht.
G a m i l l s c h e g gelangt zu dem Ergebnis, daß in einem Arbeitsvertragsgesetz dem sozialen Schutzinteresse der Arbeitnehmer und der damit korrespondierenden Grundrechtsunterworfenheit der Arbeitgeber bei der Auswahl von Arbeitskräften im Vorfeld des Arbeitsvertragsschlusses Rechnung zu tragen ist. Kerngedanke ist der Schutz vor sozialer Macht, sozialer Gewalt als staatsanaloger Spannungslage der Beziehungen zwischen Bewerbern und den potentiellen Arbeitgebern durch ein Recht auf Arbeit in der Drittwirkung im Arbeitsrecht. Ziel ist die Anerkennung nur objektiver, sachlicher Interessen des Betriebs, die Bewerbern entgegengesetzt werden könnten (Maßstab z.B. gem. Art. 3 III GG).[331]

---

328 S.o. II 3 d, bb), S. 196 f.
329 S.o. cc), S. 226 - 229.
330 S.o. cc), S. 229 - 239.
331 S.o. cc), S. 229.

B a d u r a [332] erwägt ein Recht auf einen Arbeitsplatz als Teil der den sozialen Grundrechten zugehörigen Gruppe der Grundfreiheiten der Arbeit. Kerngedanke ist auch hier die besondere Schutzwürdigkeit der in abhängiger Arbeit Tätigen, deren Schutz vor sozialer Macht, Schutz ihrer Persönlichkeit und Selbstbestimmung, da sie auf eine Existenz in abhängiger Arbeit angewiesen seien. Die Verbindung zwischen den Grundfreiheiten der Arbeit und dem Sozialstaatsprinzip führt auch zur Verbindung zwischen dem Recht auf einen Arbeitsplatz (Einstellungssituation) und dem Sozialstaatsprinzip: Sozialstaatliche und soziale Bindungen des Unternehmereigentums und der unternehmerischen Wirtschaftsfreiheit verpflichten und verengen den Dispositionsbereich nach der Ansicht Baduras.
Ziel ist es, dem Arbeitsplatzbewerber einen Anspruch gegen den in Aussicht genommenen Arbeitgeber auf eine sachbezogene, objektive Entscheidung einzuräumen (Verbot - gegen den potentiellen Arbeitgeber - der willkürlichen Benachteiligung und Abweisung des Stellenbewerbers ohne sachbezogenen Grund[333]).
Badura hält es im Gegensatz zur generell begrenzten Normierbarkeit sozialer Grundrechte für zulässig, ein Recht auf einen Arbeitsplatz als individuelles Recht und damit korrespondierende individualisierbare Pflicht eines Dritten für Einstellungssituationen zu normieren: ein weiteres Tätigwerden des Gesetzgebers sei nicht erforderlich.[334]
Dagegen vermag das betriebsverfassungsrechtliche Instrumentarium (R i c h a r d i [335]) nicht die Tendenz der Modifizierung der Abschlußfreiheit im Arbeitsrecht aufzuzeigen: Es eignet sich nicht dazu, gruppenegoistische Gesichtspunkte der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer gegenüber den Interessen der Bewerber um einen Arbeitsplatz in die für eine sachliche Interessenabwägung erforderliche gleichrangige Position zurückzudrängen. Schließlich vermögen auch die Stellungnahmen zum Recht auf Arbeit als subjektives öffentliches Recht bzw. als unvollkommene verfassungsrechtliche Rechtsposition[336] eine auf die Modifizierung der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht gerichtete Tendenz nicht aufzuzeigen.

---

332 S.o. cc), S. 229 ff.
333 S.o. cc), S. 233.
334 S.o. cc), S. 237.
335 S.o. cc), S. 239 ff.
336 S.o. aa), S. 218 ff. und bb), S. 221 ff.

6. Begründung der besonderen Zulässigkeit einer Modifizierung der zivilrechtlichen Abschlußfreiheit der Arbeitgeber im Arbeitsrecht zugunsten der medizinisch Rehabilitierten und der noch Behinderten

a) Das aus dem Sozialstaatssatz abgeleitete Prinzip der Sozialpflichtigkeit bzw. Sozialverantwortung aller Teilnehmer am privaten Rechtsverkehr untereinander als Folge der privatrechtsgerichteten Wirkungskraft der sozialstaatlich interpretierten Grundrechte gem. Art. 2 I, 1 I GG

Bereits bei den grundsätzlichen Überlegungen bezüglich der sozialstaatlich interpretierten Grundrechte im Verhältnis zwischen Bürgern als Teilnehmer am Rechtsverkehr[337] ist angeklungen, daß sich das in den Verfassungswerten ausprägende soziale Ethos auf die privatrechtlichen Beziehungen der Bürger überträgt. Die namentlich im arbeitsrechtlichen Schrifttum herausgestellten Forderungen nach Sozialpflichtigkeit, Sozialverantwortung der Bürger erhellen diese Funktion des Sozialstaatsprinzips in einem allgemeinen Sinne:
M ü l l e r [338] argumentiert von Art. 79 III GG aus. Dort sei nicht nur der Sozialstaatsgrundsatz als verfassungsfest bezeichnet, sondern denselben Rang und dieselbe Wertigkeit besitze der Satz von der Würde des Menschen gem. Art. 1 I GG. Dies könne nur deswegen so eingestuft sein, weil beide Sätze eine zentrale Bedeutung innerhalb der Rechtsordnung und für deren Aufbau hätten.
Die umfassende Bedeutung des Sozialstaatssatzes sieht Müller infolgedessen darin, schlechthin einen rechtlichen und damit einen gesellschaftlichen Ausgleich zu schaffen: Die Sozialstaatsmaxime solle Freiheit und Bindung in ein ausgeglichenes Wertverhältnis bringen.[339] Diese Verknüpfung der Art. 2 I, 1 I GG mit dem Sozialstaatsprinzip beurteilt Müller[340] konsequenterweise eindeutig: Der soziale Gedanke sei ein in den Grundsätzen von der Würde des Menschen und der freien Entfaltung

337 S.o. Erster Teil 3. Kapitel II 2 b, S. 73 ff. (bes. S. 75).

338 RdA 1964, 121 ff. (127); ders. BABl. 1964, 723 ff. (726); ders. BABl. 1974, 257 ff. (259).

339 So z.B. auch Nipperdey, "Persönlichkeit", a.a.O. S. 807; Wernicke BK Art. 20 Anm. II/1 d; vgl. oben Zweiter Teil 1. Kapitel III 1, S. 95 ff. (96 f.).

340 Bes. BABl. 1964, 723 ff. (726).

seiner Persönlichkeit von vornherein mitangelegtes Korrelat.

Hiervon ausgehend, ist es folgerichtig, in der Korrelation dieser Verfassungswerte einen weiteren Effekt zu sehen: Es ist gleichsam die dritte Komponente[341] der Sozialpflichtigkeit als das wesentliche Element des Sozialstaats, "nämlich daß die Sozialverantwortung[342] gerade auch zwischen den einzelnen besteht".[343] N e u m a n n - D u e s b e r g[344] meint im Anschluß an B e t t e r m a n n[345], erst wenn der soziale Gedanke das Privatrecht durchdrungen habe und die soziale Verpflichtung auf dem Boden sowie in den Formen des Privatrechts verwirklicht werde, sei der Rechtsstaat auch ein sozialer Staat und umgekehrt der soziale Staat zugleich ein Rechtsstaat. Demzufolge regele der verfassungsrechtliche Grundsatz der gegenseitigen Sozialpflichtigkeit auch das Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zueinander im Sinne einer gegenseitigen Verantwortung und Pflicht zur wechselseitigen Rücksichtnahme. So trage der Arbeitgeber eine besonders große soziale Verantwortung gegenüber schwerbeschädigten Bewerbern.[346]

Hier klingt die von ihm vertretene These des "Persönlichkeitsstaates" an, d.h. "das Recht des einzelnen auf Achtung seiner Menschenwürde und Verwirklichung seiner Persönlichkeit".[347] Von gleich starker Kraft und Bedeutung wie der Sozialstaatssatz seien die Verfassungsgrundsätze von der Würde des Menschen und der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit, Art. 1 I, 2 I GG. Wegen dieser Ranggleichheit trete das Persönlichkeitsstaatsprinzip[348] als ein vom GG anerkanntes wesentliches

---

341 Neben erstens: der Allgemeinheit gegenüber dem einzelnen - und zweitens: des einzelnen gegenüber der Allgemeinheit.

342 Hervorhebung durch Verfasser, A. B.

343 S.o. Neumann-Duesberg, Lb. 7. Kap. II 2, S. 72; vgl. auch Menger, a.a.O. S. 66, 72.

344 Lb. a.a.O. S. 72.

345 Nachweis bei Neumann-Duesberg, Lb. a.a.O. S. 72, Fn. 26.

346 Neumann-Duesberg, JZ 1962, 204 ff. (206); so auch z.B. Benda, a.a.O. S. 440.

347 Neumann-Duesberg, "Mitbestimmungsrecht" a.a.O. S. 376.

348 Vgl. dens. im Lb., 7. Kap. II 4, S. 78 (Persönlichkeitsprinzip, von Art. 1 I, 2 I GG als ein wesentliches Element des Staatsbegriffs zugrundegelegt,sei in der Dreidimensionalität Mensch, Person und Persönlichkeit dem Begriff des freiheitlich-sozialen Rechtsstaates immanent).

Element des Staatsbegriffs neben den Sozialstaatsgrundsatz, so daß erst dieses in den Art. 1 I, 2 I GG das Gleichgewicht zu der in der industriellen Massengesellschaft besonders starken Sozialstaatskomponente schaffe.[349] Die Sozialverantwortung der einzelnen untereinander ist damit essentielles Element des "Persönlichkeitsstaatsprinzips" - denn das Recht des einzelnen auf Achtung seiner Menschenwürde und Verwirklichung seiner Persönlichkeit bedingt die Pflicht anderer, dies zu respektieren und sich danach zu verhalten.

"Sozialverantwortung" als Rechtsprinzip, nach dem der Mensch nicht nur für s e i n e Existenz und den Gebrauch s e i n e r Freiheit der Gemeinschaft verantwortlich ist, sondern auch für die der a n d e r e n , mit denen er gemeinsam lebt, ist denn auch ein wesentliches Charakteristikum für die sozialen Beziehungen der Teilnehmer am Privatrechtsverkehr zueinander.

So vertritt E. R. H u b e r [350] die These der Sozialpflichtigkeit mit dem Gebot des sozialen Beistands, das den sozialen Schichten die Pflicht zur kollektiven Selbsthilfe und zugleich den leistungsfähigeren Gruppen die Unterstützung der förderungsbedürftigen Gruppen nach dem Maß des Gerechten und Zumutbaren auferlege.[351]

N i p p e r d e y[352] betonte, die Verwirklichung des sozialen Schutzes sei in erster Linie durch freiwilliges und eigen-

---

349 Vgl. zur dialektischen Zusammenfügung des Sozialen und Personalen in ihrer Bedeutung für den Privatrechtsverkehr und als Basis, auf welcher der Staats- und Verfassungstypus des sozialen Rechtsstaates beruht, E. R. Huber, DÖV 1956, 203; W. Bogs, "Verhandlungen", a.a.O. S. G 13; ähnlich Müller, BABl. 1964, 723 ff. (726); ders. BABl. 1974, 257 ff. (259).

350 DÖV 1956, 201 f.

351 Ders. in "Rechtsstaat und Sozialstaat", a.a.O. S. 605 f. ("Rechtsprinzip des Sozialbeistands"). Später, S. 606, weist Huber auf die Unterbringungspflicht der Arbeitgeber gegenüber Schwerbeschädigten hin, die er als eine Erscheinungsform einer gesetzlich gefestigten Sozialverantwortung sieht. Freilich handelt es sich hierbei um eine öffentlich-rechtlich auferlegte Pflicht, wohl nicht etwa um den Ausdruck eines ethischen Verantwortungsbewußtseins der Arbeitgeber gegenüber den zu schützenden Personen.

352 "Persönlichkeit", a.a.O. S. 808; ders. in Enneccerus/Nipperdey, Lb. AT Bd. 1, 1. Halbbd. § 15 II c, S. 84.

verantwortliches Verhalten der einzelnen Staatsbürger in gegenseitigem Verkehr und hier nicht zuletzt durch die sich selbst verwaltenden, auf freiwilliger Basis gebildeten Verbände sicherzustellen.

Ferner unterstreicht B a l l e r s t e d t [353] den Grundsatz der Sozialpflichtigkeit als aus dem Sozialstaatsgedanken entwickelt und "als dogmatische Voraussetzung für die analoge Anwendung von Grundrechtsbestimmungen bei ökonomisch-sozial begründeter Macht, wenn sie in der rechtlichen Bewertung der hoheitlichen Gewalt gleichgestellt werden muß".[354]

Optimistisch ist es dagegen, wenn B e n d a [355] meint, es bestehe weitgehendes Einverständnis darüber, daß in wichtigen Bereichen wie besonders dem des Arbeitsrechts der soziale Rechtsstaat heute im wesentlichen als "bereits verwirklicht"

---

353 A.a.O. S. 59; eine allgemeine verfassungsrechtlich statuierte Pflicht der Staatsbürger, sich auch untereinander nach den für die Sozialgestaltung des Staates geltenden Normen des GG zu verhalten, lehnt Ballerstedt ab (a.a.O. S. 56): "sozial" sei Attribut von "Staat"; ferner: es würden sonst sämtliche Grundrechtsbestimmungen unmittelbare, das System der Privatrechtsordnung sprengende Drittwirkung haben.

354 Vgl. zur Verpflichtung zu sozialem Verhalten weiter Bachof, a.a.O. S. 212 (die Verpflichtung zu sozialer Verantwortung müsse "von den zu ihrer Tragung Berufenen ... erkannt und diese Verantwortung von ihnen freiwillig übernommen und getragen" werden); W. Bogs, "Freiheit", a.a.O. S. 510; ders. "Verhandlungen", a.a.O. S. G 23; ders. ZSR 1964, 1 ff. (17): aus dem Sozialstaatsprinzip herzuleitende Sozialpflichtigkeit des Arbeitgebers gegenüber ausgesperrten Arbeitnehmern, diese nach Kampfende wieder einzustellen (zu BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"); Dürig bei Maunz/Dürig/Herzog GG Art. 1 I Rdnr. 52; Fechner, RdA 1955, 161 ff. (166): Wiedereinstellungspflicht der Arbeitgeber ebenfalls auf Grund des Sozialstaatsgedankens (wie W. Bogs) - das Staatsvolk (Präambel) bekenne sich zur moralischen und ethischen Verantwortlichkeit, daher könne es nicht nur den Staat als solchen für verpflichtet erachten; vielmehr bestehe die Sozialität jedes Menschen, d.h. seine Verantwortlichkeit gegenüber jedem anderen Menschen schlechthin; Frey, AuR 1961,368 ff. (369); Hamel, a.a.O. S. 23 f. und 38; Hamann bei Hamann/Lenz GG Einf. I D 2 B 1, S. 65 f.; K. Hesse "Grundzüge", S. 86; Leisner, a.a.O. S. 171; Menger, a.a.O. S. 66 (Art. 2 I GG enthalte das Gerechtigkeitsprinzip); Wertenbruch, Die Arbeiterversorgung 1961, 33 (38) - Sozialität eines jeden Menschen jedem anderen Menschen gegenüber (wie Fechner).

355 A.a.O. S. 57.

angesehen werden könne. Die von ihm als Beleg herangezogenen Meinungen bestätigen dies offensichtlich nicht in diesem absoluten Sinne: F r e y [356] betont vielmehr, daß die Einwirkung sozialstaatlicher Vorstellungen auf das Privatrecht und die Notwendigkeit sozialstaatsgemäßen Verhaltens der Bürger zueinander außer Zweifel stünden und fast einhellig bejaht werden würden;[357] F e c h n e r [358] schreibt zwar, daß der Sozialstaat schon eine Wirklichkeit sei, fügt aber hinzu,[359] daß der Sozialstaat keine von einer Verfassungsnorm hervorgebrachte Wirklichkeit oder zugleich mit dieser Norm entstanden sei, sondern vielmehr der Verfassungsnorm vorausgehe, und daß das verfassungsmäßige Bekenntnis zum Sozialstaat zugleich den Auftrag erhalte, ihn zu verwirklichen;[360] N i p p e r d e y [361] stellt - für das kollektive Arbeitsrecht und die Verantwortung des Staates und die der Sozialpartner für die Erfüllung des Sozialstaatsprinzips betonend - fest, der soziale Rechtsstaat sei bereits sehr weitgehend verwirklicht; schließlich führt N i k i s c h [362] aus, das Sozialstaatsprinzip sei im Arbeitsrecht schon seit langem soziale Wirklichkeit (im Sinne eines Bekenntnisses zur Geltungskraft des Sozialstaatsprinzips im Arbeitsrecht; diese Aussage wäre um eine Nuance verschoben, wenn es hieße, das Prinzip des sozialen Rechtsstaats wäre - im Sinne einer Umsetzung eines Verfassungsprogramms oder -auftrags in die Praxis - verwirklicht).

Allerdings ist hinzuzufügen, daß E n d a an späterer Stelle[363] seine Feststellung zwar wiederholt, jedoch anmerkt, die Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips legitimiere keine Untätigkeit des Gesetzgebers - der Sozialstaatsgedanke durchdringe Anwendung und Auslegung des Arbeitsrechts und entwikkele dies ständig fort. Durch den sich auch in der Rechtspre-

356 AuR 1961, 298 ff. (302).

357 So auch Enneccerus/Nipperdey, Lb. AT Bd. 1, 1. Halbbd. § 15 II 2 b, S. 83; E. R. Huber, DÖV 1956, 201; Leisner, a.a.O. S. 171.

358 RdA 1955, 161 ff. (163). 359 A.a.O. S. 165.

360 A.a.O. S. 166.

361 In Hueck/Nipperdey, Lb. Bd. II/1, § 3 IV 3 b, S. 44 ff.

362 Lb. Bd. I, § 5 II 2, S. 37.

363 A.a.O. S. 102.

chung allmählich entwickelnden, die Sozialstaatsklausel im Arbeitsrecht verwirklichenden verfassungsrechtlichen Gedanken der Sozialpflichtigkeit werde für das Arbeitsverhältnis in einer dem personalen Gemeinschaftsstaat des Schaffens (Art. 20 GG) entsprechenden Weise das Leitbild des Rücksichtsrechts geformt, ein Leitbild, das aus der weiteren Entwicklung des Arbeitsrechts in Praxis und Theorie nun nicht mehr wegzudenken ist.[364]

b) "Solidarität" als Ausdruck des Prinzips der Sozialpflichtigkeit bzw. Sozialverantwortung

Für den sozialverantwortungsbewußt, sozialpflichtbewußt geführten bürgerlichen Rechtsverkehr ist damit bereits vom allgemeinen Wortsinn her die Bereitschaft eines jeden einzelnen Teilnehmers entscheidend, sich anderen gegenüber solidarisch zu verhalten. Solidarität als insofern privatrechtsrelevantes Element bedarf der begrifflichen Ausdeutung. In einem vorerst allgemeinen Verständnis stellt sie einen entscheidenden Kerngedanken für alle jene Privatrechtsbeziehungen dar, die - wie besonders das Arbeitsrecht - in erster Linie nicht Vermögensstände sorgsam sichern wollen, sondern tief in die Personalität eingreifen und soziale Abhängigkeiten erzeugen. "Solidarität" ist, von ihrem Stellenwert her betrachtet, gleichzeitig ein privatrechtsrelevantes Element des Sozialstaatsprinzips, genauer: der von diesem Begriff umschriebene Inhalt wird durch das Sozialstaatsprinzip in seiner privatrechtsrelevanten Funktion vermittelt.
M ü l l e r [365] meint in diesem Sinne: Der Sozialstaatsbegriff enthalte in sich die Verpflichtung zum - freilich nicht undifferenzierten, jedenfalls aber gemeinwohlgerechten - solidarischen Handeln aller gegenüber allen. Er wende sich in dieser Weise nicht nur an Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung (Achtung der Solidarität bei deren Aufgabenerfüllung),

---

364 Benda, a.a.O. S. 440 im Anschluß an Küchenhoff, Anm. zu BAG AP Nr. 10 zu § 670 BGB; vgl. ähnlich auch Neumann-Duesberg, JZ 1962, 204 ff. (206); Hecklinger, a.a.O. S. 61.

365 BABl. 1974, 257 ff. (259).

vielmehr seien in diese Verpflichtung auch jene Rechtsgenossen und alle Art von Gruppierung von Rechtsgenossen eingebunden. Das allgemein verpflichtende Prinzip der Solidarität würde sonst nicht mehr in seiner umfassenden Tragweite anerkannt.

Einen ähnlichen Gedanken hat auch F a b r i c i u s ,[366] der die gleichberechtigte Teilnahme aller, auch der Arbeitnehmer, an der Aufgabe der gemeinsamen Lebensbewältigung als rechtspolitische Forderung aus dem Sozialstaatsgedanken ableitet. Das erfordere die Verwirklichung eines materiellen Rechtsstaates.

Es ist klar, daß unabdingbare Voraussetzung für ein solches solidarisches Verhalten die Notwendigkeit ist, den einzelnen als eigenständiges Wesen anzuerkennen und nicht als Objekt des Privatrechtsverkehrs.[367]

Daß mit der Einwirkung sozialstaatlicher Vorstellungen auf das Privatrecht die Notwendigkeit solidarischen Verhaltens der Bürger sogar außer Zweifel stehe, vertritt F r e y .[368] Er begründet dies damit, daß der soziale Rechtsstaat durch seine Rechtsprechungsfunktion sonst in die unmögliche Situation käme, einen der von ihm gesetzten Verfassungssätze verleugnen zu müssen, indem er einem dagegen verstoßenden Privatrechtsakt seinen prozessualen Schutz gewähren würde. Das normative Bekenntnis zum sozialen Rechtsstaat zeuge für die unmittelbare Wirkung der so verstandenen Grundrechtsbeziehungen, die für den Verkehr der Rechtsgenossen untereinander in einer freiheitlichen oder sozialen Gemeinschaft unentbehrlich seien.

Zusammenfassend und für die vorliegende Arbeit bedeutsam ist damit mit W i e a c k e r [369] festzuhalten, daß sich das Ethos des sozialen Rechtsstaates zunächst in den Forderungen an den Sozialstaat selbst entfaltet. "Da aber in der Demokratie die Gesellschaft als solidarisch mit ihren Mitgliedern

---

366 ZfA 1972, 35 ff. (42 f.).

367 So Müller, BABl. 1974, 257 ff. (259).

368 AuR 1961, 298 ff. (302 f.); vgl. hierzu auch Fechner, RdA 1955, 161 ff. (162 f.); Schnorr von Carolsfeld, RdA 1964, 297 ff. (298 mit Fn. 7).

369 A.a.O. S. 9.

erscheint, bleibt die Forderung nicht aus, daß auch jeder einzelne das menschenwürdige Dasein eines jeden anderen zu verbürgen und sich zu diesem Ende Einschränkungen zu unterziehen habe. Hiermit dringt die Sozialstaatlichkeit aber auch in den Raum des Privatrechts ein."[370]

Die Rückwirkungen der Sozialstaatlichkeit, d.h. die Intensität der sozialen Kontakte, die zu gesteigerter zwischenmenschlicher Verantwortung geführt hat, erfaßt damit also "auch das Privatrecht, wo eine Anzahl von Entwicklungstendenzen nur so aus einem einheitlichen Zusammenhang interpretiert werden kann".[371]

Das führt seiner Ansicht nach zur "Auffassung des Vertragsschlusses nicht mehr als individueller und spontaner Freiheitsbetätigung, sondern als Vollzug einer Sozialfunktion".[372]

Festzuhalten ist damit, daß sich die Sozialstaatlichkeit des GG unter diesen Aspekten auf einer außerverfassungsrechtlichen Ebene verwirklicht: durch die freiwillige Erfüllung sozialer Aufgaben im privatrechtlichen Bereich, im Verhältnis der Bürger untereinander.

Erst wenn dies nicht gelingt, etwa weil die Aktionsbereitschaft der zum sozialen Verhalten Verpflichteten fehlt oder wichtige Mittel nicht dazu ausreichen, die Sozialpflichtigkeit zu verwirklichen, muß der Staat etwa auf dem Gesetzeswege und damit auf der zweiten Ebene die Verwirklichung der Sozialpflichtigkeit erzwingen bzw. die Voraussetzungen hierfür bilden.

Damit umfaßt die Sozialstaatsklausel einen sozialethischen Aufruf zu sozialverantwortlichem, sozialverpflichtetem Handeln, gleichzeitig eine subsidiär wirksame Kompetenznorm und Handlungspflicht des Gesetzgebers.[373]

---

370 Wieacker, a.a.O. S. 10.

371 Wieacker, a.a.O. S. 11.

372 A.a.O. S. 11.

373 Vgl. auch Fechner, RdA 1955, 161 ff. (166); Gerber, a.a.O. S. 393 f.

c) Rechtliche Verbindlichkeit des Solidaritätsgedankens

Es fragt sich, in welcher Weise diese mit "Solidarität" verbundenen ideellen Zielvorstellungen in rechtlicher Hinsicht verwirklicht werden können. Lediglich der Hinweis auf die Realisierung des Sozialstaatsgebots durch privatrechtsgestaltende Wirkung sozialstaatlich interpretierter Grundrechte genügt hierfür nicht. Abgesehen vom allgemeinen Wortsinn, bedarf es hierfür vielmehr des Versuchs einer inhaltlichen Charakterisierung.
Solidarität - mit dem bisherigen Bedeutungsinhalt gekennzeichnet - wirkt als Element des Sozialstaatsprinzips in dessen unmittelbarer oder über die Grundrechtsauslegung und -drittwirkung vermittelter privatrechtsgestaltender Funktion vor allem interessenabgrenzend. Daher geht es hier nicht etwa um eine Idealisierung des bürgerlichen Rechtsverkehrs oder z.B. des Arbeitsrechts mit einer bestmöglichen Vorzugsstellung der Arbeitnehmer. Denn auch unter solidarischer Betrachtungsweise werden unverrückbare Interessengegensätze gegnerische Rechtspositionen bestimmen, daher anerkannt und geschützt werden müssen.
Es geht vielmehr darum, in welcher Weise "Solidarität" mit dem skizzierten Bedeutungsinhalt in andere Interessensphären korrigierend einwirkt.
Man könnte nun meinen, daß "Solidarität" ein viel zu dehnbarer Begriff sei, als daß aus ihm juristisch korrekte Ergebnisse abgeleitet werden könnten. Hierfür spricht, daß es sich um einen vorwiegend soziologischen Begriff handelt. Daher müßte er für die Rechtsanwendung zunächst aufbereitet werden.
"Solidarität" ("Solidaritätsprinzip") als Begriff der katholischen Soziallehre ist nach G u n d l a c h S J [374] die innere Struktur gerade des menschlichen Gesellschaftslebens in seiner Hinordnung auf die Verwirklichung in Beziehungen und Gebilden des realen und geschichtlichen Verlaufs; sie ist zugleich die äußere Organisation des Gesellschaftslebens. Die organisierende Funktion des Solidaritätsprinzips kennzeichne

374 A.a.O. (Staatslexikon).

dies als Rechtsprinzip, indem es das positive Rechtsleben auf dessen Ziel ausrichte, nämlich den Schutz der innerlich solidarischen Struktur der Gesellschaft und damit der sozialen Gerechtigkeit.
Vergleichbar hiermit lehrt die evangelische Ehtik die Verantwortung des einzelnen nicht nur innerhalb des Gemeinschaftslebens, sondern auch für dessen Gestaltung.[375]
Solidarität in einem e n g e n Sinne, daß Mitglieder einer Gruppe in gegenseitiger solidarischer Hilfsbereitschaft zusammenstehen und diese Gruppe gleichzeitig die Aussicht hat, sich selbst als ein Ganzes zu fördern,[376] scheidet im unmittelbaren Verhältnis Arbeitgeber-Arbeitnehmer (Stellenbewerber), vor allem angesichts individueller, eben nicht gruppenspezifischer Verbindungen fraglos aus.

Hingegen kann der erwähnte Bedeutungsinhalt der Solidarität unter dem w e i t e r e n Gesichtspunkt der "Interessen-Solidarität"[377] fruchtbar gemacht werden: jener auf "Sachlichkeit" beruhenden Interessenverbindung einzelner Personen oder einzelner Gruppen. Das sie gemeinsam verbindende Interesse kann in mannigfacher Weise ausgerichtet sein. Beispielsweise in der fremdbestimmten Arbeit und gemäß der ggf. bestehenden technischen Notwendigkeit, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer Produktionsaufgaben gemeinsam zu erfüllen haben, wird sich ein interessensolidarisches Element entwickeln müssen, das Arbeitsteilung und -zerlegung, Weisung und Erfüllung dieser Weisung steuert.
Daher führt "Solidarität" in der vorliegenden Arbeit allenfalls in diesem soziologischen Sinne weiter.
Unter dem gleichen Aspekt liegt sie auch dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs, der Erfüllung der Betriebszwecke zugrunde (§ 2 I BetrVG). Hier zeigt sich

---

375 Vgl. Cordes, a.a.O.; ferner Gundlach (HDSW): "Solidarismus als Prinzip des Aufbaus und Vollzugs gesellschaftlichen Lebens".

376 Vgl. Vierkandt, a.a.O. S. 705.

377 Vgl. hierzu Vierkandt, a.a.O. S. 706.

nämlich bei prinzipieller Gegensatzstellung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat (Belegschaft) das gemeinschaftlich vorhandene und sie so verbindende Interesse.[378] Eine Parallele zu diesem weiten Gedanken der Interessensolidarität findet sich in der arbeitsrechtlichen Rechtsanwendung - soweit ersichtlich - nicht.

Dennoch ist "Solidarität" auch dort zu einem tragenden Gesichtspunkt arbeitsrechtlicher Korrekturen vertraglicher Ansprüche entwickelt worden, allerdings in dem engeren Sinne der gruppenspezifischen solidarischen Hilfsbereitschaft und der die Gruppeninteressen fördernden Funktionen.

Das bezieht sich sowohl auf die Gruppe der Arbeitnehmer als auch auf die der Arbeitgeber. Die solidarische Verbundenheit der Mitglieder der einen Gruppe wirkt sich hier zwangsläufig auf die jeweiligen Mitglieder der anderen Gruppe rechtlich aus. Einige Beispiele aus der Rechtsprechung des BAG verdeutlichen dies. Allerdings hat das BAG "Solidarität" z.B. der Arbeitnehmer noch nicht definiert, erkennt sie aber als eine rechtlich zu berücksichtigende Wirklichkeit an.[379]

So entfällt nach gefestigter Rechtsprechung des BAG zum Arbeitskampfrecht[380] die Lohnzahlungspflicht der Arbeitgeber auch gegenüber denjenigen arbeitswilligen Arbeitnehmern, die wegen eines Streiks oder Teilstreiks im eigenen oder in einem anderen Betrieb nicht beschäftigt werden können.[381] Auf die

---

378 Vgl. zum Gedanken der Betriebspartnerschaft in diesem Sinne Fitting/Auffarth/Kaiser, BetrVG § 2 Rdnr. 11; Richardi bei Dietz/Richardi, BetrVG § 2 Rdnr. 13; zum früheren § 49 I BetrVG 1952 Neumann-Duesberg, Lb. § 14 I, S. 126; ders. "Mitbestimmungsrecht", a.a.O. S. 384; ähnlich und allgemein zur Partnerschaft zwischen Kapital und Arbeit, die im wirtschaftlichen Bereich die auf Freiheit und Verantwortung beruhende Stellung des Unternehmers nicht beeinträchtige, auch Enneccerus/Nipperdey, Lb. AT Bd. 1, 1. Halbbd., § 15 II 2 e, S. 85 m.w.N. in Fn. 47; Partnerschaft im gesellschaftlichen Bereich, vom Staat vor allem mit Hilfe des Arbeitsrechts gefördert, Partnerschaft der beteiligten Personen und Gruppen: Benda, a.a.O. S. 103; ähnlich Fabricius, ZfA 1972, 35 ff. (42), der den Gedanken der Interessensolidarität im Zusammenhang mit der aus dem Arbeitsvertrag abzuleitenden Pflicht des Arbeitgebers zur Beschäftigung des Arbeitnehmers entwickelt.

379 Vgl. Röhsler, a.a.O. S. 109.

380 Vgl. z.B. BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko"; AP Nr. 45 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf".

381 Vgl. hierzu auch Gamillscheg, Festschrift für Fechner, S. 150 f.

Solidarität der Arbeitnehmer kann sich der Arbeitgeber z.B. auch dann berufen und die Zahlung von Gratifikationen[382] oder betrieblichen Ruhegeldern[383] ganz oder teilweise verweigern, wenn der Bestand des Betriebes gefährdet ist. Er kann dies, weil die Solidarität die Arbeitnehmer unter engen Voraussetzungen zum totalen oder teilweisen Verzicht auf Gratifikations- bzw. Ruhegeldansprüchen verpflichten soll. Daß der Bestand des Betriebes gefährdet ist, wird oftmals auf unternehmerische Fehlentscheidungen zurückzuführen sein, falls es nicht sogar die Regel ist. Solidarität der Arbeitnehmer soll hier zu einseitigen Opfern führen, sie dient insofern dazu, dieses Defizit unternehmerischer Fähigkeiten zu verdecken oder sogar reparieren zu helfen. Stellt man das solidarische Interesse der Arbeitnehmer an der Erhaltung des Betriebs und damit ihrer Arbeitskräfte in den Vordergrund, so wird man von einer Interessensolidarität von Arbeitgeber und Arbeitnehmern ausgehen müssen. Denn das Interesse des Arbeitgebers wird sich, jedenfalls regelmäßig, ebenfalls auf die Erhaltung seines Betriebs richten.

Obwohl in den beiden letztgenannten Fallgruppen Elemente einer Interessensolidarität zwischen Arbeitnehmern und dem Arbeitgeber unverkennbar sind, hat die Rechtsprechung - die hier nur unvertieft und daher unkritisch wiedergegeben werden kann - dem Gesichtspunkt der gegenseitigen solidarischen Hilfsbereitschaft nur der Arbeitnehmer und dem Ziel, den Betrieb und damit die Arbeitsplätze zu erhalten, den Vorrang eingeräumt.

---

382 Vgl. BAG AP Nr. 5 und 51 zu § 611 BGB "Gratifikationen"; Gamillscheg in der Festschrift für Fechner, S. 141 ff.; Röhsler, a.a.O. S. 118 f.

383 Vgl. z.B. BAG AP Nr. 2, 4, 5, 42, 154, 155, 157 zu § 242 BGB "Ruhegehalt"; AP Nr. 1 zu § 57 BetrVG 1952; AP Nr. 9 zu § 61 KO; vgl. hierzu auch Gamillscheg in der Festschrift für Fechner, S. 144 f.; Röhsler, a.a.O. S. 119. Freilich ist die Rechtsprechung seit dem Inkrafttreten des "Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung" vom 19.12.1974 (BGBl. I S. 3610) im wesentlichen überholt.

Sie bewertet die Interessenlage daher ausschließlich auf der Seite der Arbeitnehmer, nicht im Hinblick auf den Arbeitgeber.[384] Dieser wird aber aus der solidarischen Verbundenheit der Arbeitnehmer berechtigt.

Schließlich wirkt sich umgekehrt auch die solidarische Verbundenheit der Arbeitgeber auf die vertraglichen Rechtsbeziehungen mit den Arbeitnehmern aus: Nach der Rechtsprechung des BAG[385] bleibt die Lohnzahlungspflicht während eines Arbeitskampfes bestehen, wenn der Fortfall der Beschäftigungsmöglichkeit auf eine Aussperrung in einem anderen Betrieb zurückzuführen ist.

d) Zwischenergebnis

aa) "Solidarität" als vorwiegend soziologischer Begriff ist von der Rechtsprechung zur Regelung vertraglicher Ansprüche im Arbeitsrecht aktiviert worden. Sie hat dort einen festen juristischen Standort, der sich ausdrücklich entweder auf die Gruppe der Arbeitgeber oder die der Arbeitnehmer bezieht. Es ist aber erkennbar, daß z.B. in den Fällen der Gratifikationen und betrieblichen Ruhegelder Arbeitgeber und Arbeitnehmer auch gemeinsame Ziele interessensolidarisch verfolgen. Schließlich liegt der Gedanke einer solchen gruppenverbindenden Solidarität dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Betriebsrat zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs (§ 2 I BetrVG) zugrunde. K ü c h e n h o f f [386] qualifiziert dies Gebot als im Einklang mit Art. 20, 28, 79 III GG stehendes genossenschaftliches Prinzip und als Grundlage der Betriebsarbeit: "Dem sozialen Staat entspricht auf Betriebsebene die Solidarität zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zum Wohle des Betriebs und seiner Arbeitnehmer".

bb) Abgesehen von diesem rechtlich konkretisierten und in jedem Einzelfalle zu konkretisierenden Begriff der Solidarität ist - allgemein betrachtet - die Idee wichtig,

---

384 Vgl. Gamillscheg in der Festschrift für Fechner, S. 142.

385 Vgl. z.B. BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko".

386 In der Festschrift für Nipperdey, S. 328 f. (zum Vorgänger § 49 BetrVG 1952).

die über sozialstaatlich interpretierte Grundrechte und deren privatrechtsgestaltender Wirkung in das Privatrecht einfließt: die Gemeinschaftsgebundenheit des einzelnen, die Pflicht zu sozialem Schutz und Beistand gegenüber anderen in der eigenen Gruppe, aber auch gegenüber den Mitgliedern einer fremden, interessensolidarisch verbundenen Gruppe. Diese Idee ist daher rechtsverbindlich und zu verwirklichen.
Mag hiervon vieles utopisch klingen - obwohl schon nach der Rechtsprechung z.B. die Solidarität der Arbeitnehmer in ihrer Existenz und als rechtliche Größe außer Zweifel stehen dürfte -: eine mangelnde rechtliche Realisierung der Idee der Sozialpflichtigkeit bzw. Solidarität spricht nicht gegen ihre Realisierungsbedürftigkeit.

e) Die für eine besondere Modifizierung der Abschlußfreiheit wesentlichen Gesichtspunkte

Ob die Chancen der medizinisch rehabilitierten und der noch behinderten Arbeitsuchenden im Vorfeld des Vertragsschlusses durch eine Modifizierung der Vertragsfreiheit (Abschlußfreiheit) der Arbeitgeber[387] erhöht sind, ist im Rahmen der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung demzufolge unter dem Einfluß der folgenden drei Gesichtspunkte zu beurteilen:

aa) Drittwirkung des sozialstaatlich interpretierten Grundrechts gem. Art. 2 I GG

Nach der hier vertretenen Ansicht zur Drittwirkung der Grundrechte bei Vorliegen sozialer Gewalt z.B. des Arbeitgebers[388] können allein sozialstaatlich interpretierte Grundrecht in ihrer materiell-rechtlichen, inhaltlichen Wirkungsweise und Geltung insbes. im Arbeitsrecht fruchtbar gemacht werden.[389] Daher kann die Selbstregulierungsfunktion der Vertragsfreiheit wirksam nur unter Berücksichtigung des besonderen verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes der Personen im Recht der beruflichen Rehabilitation geprüft werden.

---

387 Vgl. hierzu die Eingangsfragestellung oben 1. Kapitel IV, S. 150 ff.

388 S.o. Erster Teil 3. Kapitel II 1 c, S. 54 ff., bes. S. 58 f.

389 Vgl. hierzu oben Erster Teil 3. Kapitel II 2, S. 66 ff.

In diese Prüfung fließt der besondere Gesichtspunkt der Solidarität ein, der generell zur Gemeinschaftsgebundenheit des einzelnen, zur Pflicht zu sozialem Schutz und Beistand gegenüber anderen führt.
Dadurch werden privatrechtliche Beziehungen wirksamer geregelt: Die Wirkungskraft des Sozialstaatsprinzips durch Art. 2 I GG hindurch trifft im Arbeitsrecht (Vertragsfreiheit) auf eine "staatsanaloge Lage". Durch Rücksichtnahme auf spezifische Bedingungen, die nur in den privatrechtlichen Beziehungen der Bürger untereinander (Arbeitsuchender - in Aussicht genommener Arbeitgeber) vorhanden sind, ist es möglich, solche sozialen Machtunterschiede realitätsnah einzugrenzen.

bb) Existenz von sozialer Macht der bei der Stellensuche in Aussicht genommenen Arbeitgeber im konkreten Einzelfall

Der Mangel an realer Vertragsfreiheit entscheidet darüber, ob soziale Machtunterschiede zugunsten des Schwächeren zivilrechtlich relativiert werden müssen. Dies kann nur im Einzelfall geschehen.[390] Dahingestellt sein mag, ob Arbeitgeber generell Macht dadurch ausüben können, daß sie auf dem Arbeitsmarkt Monopolstellungen innehaben, wie dies z.B. bei großen Industriebetrieben der Fall sein kann, die - am Rande einer mittleren Stadt gelegen - fast alle Arbeitsfähigen aufsaugen; daß nur sie in ihren Spezialbetrieben Spezialisten Arbeitsmöglichkeiten bieten können und folglich Arbeitsbedingungen diktieren.
Jedenfalls tritt bei Personen nach Abschluß eines medizinischen Rehabilitationsverfahrens neben die wohl alle Arbeitnehmer treffende, wirtschaftlich-existentiell bedingte Notwendigkeit, sich "verkaufen zu müssen", die tragische Alternative hinzu, entweder sich unter realen Bedingungen des Arbeitslebens (wieder) zu bewähren oder im Versuch einer letztlich angestrebten sozialen Rehabilitation zu scheitern.

---

390 S. die verschiedentlich unternommenen Versuche in dem Bericht oben Erster Teil 3. Kapitel II 1 e, S. 62 f.

Die Fähigkeit des Arbeitgebers, durch ein willkürliches "Nein" gegenüber sich bewerbenden, voll zu rehabilitierenden Personen es erst gar nicht zu einem solchen Versuch kommen zu lassen, erscheint groß - insbesondere angesichts der sehr weitgehend gehandhabten Möglichkeit des § 8 I SchwbG, für jeden nicht besetzten Pflichtplatz eine monatliche Ausgleichsabgabe zu zahlen.[391] Zudem verstärkt das körperliche Leistungsdefizit die Unterlegenheit solcher Arbeitsuchender gegenüber der autonomen Entscheidungsfähigkeit des ausgewählten Arbeitgebers.[392] Diese Fähigkeit vermittelt Arbeitgebern gegenüber dem hier behandelten Personenkreis eine besonders ausgeprägte Machtlage. An die Stelle der Selbstbestimmungsfähigkeit als essentiellem Element der Vertragsfreiheit (Abschlußfreiheit) dieser Personen tritt eine Fremdbestimmung, so daß die Vertragsfreiheit für den Bewerber um einen Arbeitsplatz allenfalls auf eine formale Rechtsposition herabgesetzt ist.[393] Er kann von dieser ihm formal zustehenden Vertragsfreiheit praktisch keinen vollen Gebrauch machen, wenn er sozialer oder wirtschaftlicher Macht gegenübersteht.[394]

Damit sind zwei Gesichtspunkte untrennbar verbunden: einerseits der verfassungsrechtlich ausgeprägte Persönlichkeitsschutz der Rehabilitierten und der noch immer Behinderten, in der privatrechtsgestaltenden Drittwirkung um das Moment der Solidarität, Sozialpflichtigkeit ergänzt, andererseits die Korrekturbedürftigkeit sozialer Machtunterschiede zwischen diesen Stellenbewerbern und Arbeitgebern, also der Mangel an realer Vertragsfreiheit dieser Arbeitsuchenden.

---

391 Wovon die öffentlich-rechtliche Beschäftigungspflicht gem. § 4 I SchwbG allerdings nicht berührt, in der Praxis offensichtlich aber "suspendiert" wird.

392 Dieser Unterlegenheit tragen bereits Existenz und Schutzzweck des § 4 I SchwbG zu einem (öffentlich-rechtlichen) Teil Rechnung.

393 Vgl. hierzu oben Erster Teil 3. Kapitel II 1 e, S. 62.

394 Vgl. hierzu auch Benda, a.a.O. S. 107, der in dieser Erkenntnis allgemein die Bedeutung sieht, sie habe zur Bildung des Arbeitsrechts geführt.

cc) Tendenz im Arbeitsrecht, die Abschlußfreiheit der Arbeitgeber zu modifizieren

Zu diesen beiden Faktoren tritt die im Zuge der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung zu beobachtende Tendenz[395] hinzu, die Abschlußfreiheit der Arbeitgeber zu modifizieren. Allerdings braucht ihr in der vorliegenden Untersuchung im einzelnen nicht weiter nachgegangen zu werden, weil für den vom Rehabilitationsrecht erfaßten Personenkreis spezifische Überlegungen angestellt werden mußten und müssen, die in den vorgestellten Beiträgen nicht anklangen.
Hierzu gehört weiter, wie herausgearbeitet,[396] der gegenwärtige Befund der arbeitsrechtlichen Abschlußfreiheit in der Praxis, der ebenfalls zu einer Modifizierung dieses einen Elements der Vertragsfreiheit tendiert.

f) Die sich gegenüberstehenden Interessen der Arbeitgeber und Stellenbewerber und die Lösung dieses Interessenkonflikts im Rahmen der Güterabwägung

Auch vom Privatrecht aus betrachtet, kollidiert die (durch Art. 2 I GG garantierte) Abschlußfreiheit der Arbeitgeber mit dem verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz der medizinisch Rehabilitierten und der noch Behinderten in der Drittwirkung. Bei der hiernach vorzunehmenden Güterabwägung stehen sich beide Positionen prinzipiell und auf den ersten Blick gleichrangig gegenüber. Sie umfassen auf der einen Seite das Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung der sich bewerbenden Rehabilitierten bzw. Behinderten. Im Zuge der immer komplizierter werdenden Fertigungsabläufe und der zunehmend sich verschärfenden Konkurrenzen auf den Märkten, auch auf den Arbeitsmärkten, stellt sich z.B. die Einarbeitungszeit ungelernter Kräfte in betriebswirtschaftlicher Hinsicht als beträchtlicher Kostenfaktor dar. Es liegt auf der Hand, daß er möglichst niedrig gehalten wird, daß z.B. von Anfang an voll arbeitsfähige Arbeitnehmer angestellt werden. Bei der Bewertung dieser Interessenposition müssen daher betriebswirtschaft-

---

395 Vgl. oben 2. Kapitel II 5 b, dd), S. 244 f.
396 S.o. 2. Kapitel II 4, S. 205 ff.

liche Notwendigkeiten, die einer Beschäftigung z.B. von Behinderten entgegenstehen, berücksichtigt werden. Daraus ergibt sich bereits, daß eine Zurückweisung eines Stellenbewerbers mit dem Hinweis auf seine Behinderung allein unzulässig wäre.

Auf der anderen Seite steht das Interesse des sich bewerbenden Rehabilitierten bzw. Behinderten, einen Arbeitsplatz zu erhalten; ihm würde sonst der Schlüssel zur sozialen Wiedereingliederung bzw. Eingliederung fehlen.

Diese mehr oder weniger abstrakte Kennzeichnung einer Interessenlage würde es sicherlich erschweren, die Güterabwägung effektiv vorzunehmen.
Folgt man nun der hier vertretenen Ansicht, daß der Persönlichkeitsschutz der Rehabilitierten und Behinderten auch verfassungsrechtlich existent ist und - um den Gesichtspunkt der Solidarität, Sozialpflichtigkeit überhöht - in das Zivilrecht ausstrahlt;[397] daß bei der Vertragsanbahnung zwischen den Parteien nur eine formale Gleichordnung, aber keine materielle, reale Gleichheit besteht,[398] so konkretisiert sich die skizzierte Interessenlage. Gleichzeitig vermeidet es diese Überlegung, ohne weiteres auf eine soziale Macht des Arbeitgebers zu verweisen und daraus sogleich den Schluß auf die Beschränkung seiner Vertragsfreiheit zu ziehen:

Die mit verfassungsrechtlichem (sozialstaatlichem) Rang ausgestattete Aufgabe des Staates, zu rehabilitieren, kann von ihm allein nicht erfüllt werden. Nur wenn medizinisch rehabilitierte oder nach Abschluß entsprechender Maßnahmen immer noch behinderte, in beschränktem Maße arbeitsfähige Bewerber überhaupt die Möglichkeit erhalten, sich auf einem Arbeitsplatz zu entfalten, können sie dem staatlichen Aufgabenziel näher kommen. Hierfür ist die Eingliederung in einen alltäglichen Arbeitsprozeß über den Abschluß eines Arbeitsvertrages notwen-

---

397 S.o. e, aa), S. 259 f.
398 S.o. e, bb), S. 260 f.

dig.[399] Der Staat hält zwar Trainingsmöglichkeiten bereit. Sie können von ihrem Aufgabenbereich her aber nur die optimal anzustrebende Rehabilitation vorbereiten: Geordnet ablaufende Schulungsverfahren z.B. in Werkstätten für Behinderte können zu einer realen betrieblichen Arbeitssituation regelmäßig nicht führen. Der Aufenthalt in solchen Institutionen ist ohnedies zeitlich befristet und dient ausschließlich der Vorbereitung auf die spätere berufliche Tätigkeit.

Das staatliche Aufgabenziel ist daher nur erreichbar, wenn private und öffentliche Arbeitgeber die wohl entscheidende Vorbedingung einer jeden Rehabilitationsmaßnahme realisieren, wenn sie nämlich zum Abschluß von Arbeitsverträgen verpflichtet sind. Anderenfalls bestünde Gefahr, daß die erwähnte Selbstregulierungsfunktion der Vertragsfreiheit zu Ergebnissen führte, welche der mit verfassungsrechtlichem Rang ausgestalteten Staatsaufgabe entgegenstünden. Es bestünde damit die Gefahr, daß das in dieser Arbeit konkretisierte Staatsziel des sozialen Rechtsstaates nicht erreicht werden könnte, daß die Erfüllung dieser Staatsaufgabe von der autonomen, willkürliche Handhabung ermöglichenden Entscheidungsfreiheit der Arbeitgeber abhinge.

Hinzu kommt, daß hierbei die spezifischen interessensolidarischen Elemente zwischen Arbeitgeber und sich bewerbendem rehabilitierten bzw. noch behinderten Arbeitsfähigen mitwirken. Sie ergänzen die insofern über Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG drittgerichtete Sozialstaatsklausel im Bereich der Privaten untereinander inhaltlich.

Erkennt man nämlich eine interessenmäßige Gleichrichtung zwischen Arbeitgebern und gesunden, voll einsatzfähigen Arbeitnehmern an (sie ist auf die Erreichung des Betriebs- und Produktionsziels ausgelegt),[400] dann ergibt sich hieraus konsequenterweise eine ähnliche interessensolidarische Verbundenheit zwischen rehabilitierten bzw. noch behinderten Stellenbe-

---

399 § 4 I SchwbG betrifft - abgesehen von seiner beschränkten (weil allein öffentlich-rechtlich anwendbaren) Funktion - nur Schwerbehinderte und ihnen Gleichgestellte, betrifft aber nicht die minderschwer Behinderten und die medizinisch Rehabilitierten (vgl. hierzu oben 1. Kapitel IV, S.[153] f.).

400 S.o. 6 c, S. 255 f.

werbern und den in Aussicht genommenen Arbeitgebern: Bei einer objektiven Interessenbewertung macht es keinen Unterschied, ob nur gesunde Arbeitnehmer oder nicht auch Arbeitnehmer mit wiederhergestellter oder nurmehr eingeschränkter Arbeitskraft und Arbeitgeber daran interessiert sind, den Betrieb (und damit auch die Arbeitsplätze) zu erhalten. Stehen einer Wiederbeschäftigung solcher Stellenbewerber betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte nicht entgegen, dann kann das Betriebserhaltungsinteresse des Arbeitgebers bei einer Beschäftigung solcher Bewerber auch nicht beeinträchtigt werden.

Demzufolge haben Arbeitgeber unter diesen Voraussetzungen die interessensolidarische Pflicht, den früher gesunden Arbeitnehmern die Rückkehr in das Berufsleben zu ermöglichen.

In der Funktion der privatrechtlichen Vertragsfreiheit werden damit Korrekturen sichtbar, die sich aus der privatrechtsgestaltenden Wirkungskraft des sozialstaatlich interpretierten Grundrechts gem. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ergeben: In rechtssystematischer Hinsicht beschränkt der verfassungsrechtlich gewährleistete und zu gewährleistende Persönlichkeitsschutz in der beruflichen Rehabilitation die autonome Entscheidungsfähigkeit der Arbeitnehmer; das Schutzinteresse dieser Personen ist infolge der vorgenommenen Güterabwägung gegenüber dem Nichtbeschäftigungsinteresse der Arbeitgeber vorrangig.
Damit werden die Grenzen, die das BGB der Vertragsfreiheit setzt, enger gezogen. Den hierfür maßgeblichen Prinzipien der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung entsprechend, reiht sich diese Schlußfolgerung in die bereits nachgewiesene besondere Tendenz ein, zur Lösung sozialer Spannungsverhältnisse mehr und mehr vom bürgerlich-rechtlichen Konzept der Vertragsfreiheit (Abschlußfreiheit) abzurücken.
Hierfür spricht im übrigen die allgemeine Tendenz, die eine Entpersönlichung der Rechtsverhältnisse, Folge des wirtschaftlichen Liberalismus, zu vermeiden und abzubauen sucht. Hier geht es darum, die formale Gleichordnung durch eine materielle, reale Gleichheit zu ersetzen und regulierend einzugreifen, falls dies nicht besteht.

Grundlage des wirtschaftlichen Liberalismus des 19. Jh. waren Gleichheit und Freiheit der Bürger in dem Sinne, daß die beste wirtschaftliche Ordnung durch den freien Wettbewerb und die unbegrenzte individuelle Entscheidungsfreiheit zu erzielen und zu sichern sei. Dadurch seien die größtmögliche Steigerung der Produktionsleistung und der größtmögliche Zuwachs des sozialen Einkommens, also die Deckungsgleichheit von individuellem und sozialem Wohl erreichbar.[401]
Es ist folgerichtig, daß die kontinentaleuropäischen Zivilrechtssysteme dem hiermit verbundenen Bedürfnis nach Garantie des all umfassenden, freien wirtschaftlichen Wettbewerbs durch Anerkennung der Vertragsfreiheit entsprachen. "Mitgedachte" Prämisse dieses Instituts war, daß alle Menschen frei und gleich sind. Die Vertragsfreiheit rechtfertigte sich demnach "logisch durch den Syllogismus, daß zwischen freien Personen die gegensätzlichen, aber gleich starken Kräfte zu einem Ausgleich ihrer Macht und so automatisch auch zum Ausgleich ihrer widerstreitenden Interessen führen".[402] Vertragsfreiheit, in dieser Form den Zivilrechtssystemen zugrunde gelegt, baut damit offensichtlich auf einem abstrakten menschlichen Typus auf, der von sozialen Bindungen und Einbettungen losgelöst betrachtet wird.
Zu seinen Gunsten bestanden und bestehen Schutzpositionen, die die Vertragsfreiheit einschränkten, allenfalls im Hinblick auf sittenwidrige oder wucherische Rechtsgeschäfte und auf das Handeln unter dem Einfluß von Irrtum, Drohung oder arglistiger Täuschung. P a p a n t o n i o u [403] verweist in diesem Zusammenhang mit Recht darauf, daß gerade das Arbeitsrecht ein Beispiel dafür bildet, wie sehr eine Entpersönlichung der Rechtsverhältnisse im Sinne des wirtschaftlichen Liberalismus und der von ihm beeinflußten Zivilrechtssysteme auf Sondergebieten (Arbeitsrecht) unzulässig ist: Die formelle Gleichstellung "des im Besitz der Produktionsmittel befindlichen Unternehmers und

---

401 Vgl. Papantoniou, ARSP 1974, 487 ff. (491 f.).

402 Papantoniou, a.a.O. S. 492.

403 A.a.O. S. 493 unter Bezugnahme auf Hueck/Nipperdey, Nikisch und Fechner, dorts. Fn. 23 - 25.

des mittellosen Arbeiters (konnte) nicht zu einer 'Harmonie des Wirtschaftslebens', sondern (mußte) zu persönlichen Abhängigkeiten des Arbeitnehmers, zur Bildung des großstädtischen Proletariats führen".
Der Weg dieser Entwicklung ist bekannt. Er führte über individualrechtliche Arbeitsschutzvorschriften bis zur verbandsrechtlich strukturierten Rechtssetzungskompetenz im Rahmen der Tarifverträge. Dieser Weg tendiert dazu, die Individualität des konkreten Rechtsverhältnisses und dessen Einbettung in soziale Lebensbedingungen hervorzuheben. Papantoniou[404] stellt hier zutreffend fest, daß "der Normalzustand in der Gestaltung der Rechtsbeziehungen nicht mehr die vorbehaltslose Anerkennung privater Ordnung ist, daß vielmehr die Vertragsverhältnisse sich nicht nur auf die Autonomie der Kontrahenten, sondern auch auf überindividuelle Ordnungskräfte gründen, welche heteronom die Vertragsbeziehungen gestalten."

g) Ergebnis und Überlegungen zur Praxis

aa) Nach dieser Untersuchung ist die Vertragsfreiheit (Abschlußfreiheit) der Arbeitgeber gegenüber den sich bewerbenden rehabilitierten bzw. noch behinderten Arbeitskräften eingeschränkt. Damit korrespondiert ein in gleichem Maße relativierter zivilrechtlicher Einstellungsanspruch dieser Arbeitskräfte gegen die Arbeitgeber.

bb) Hierzu führen die Grundsätze der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung.

Danach würde der Richter feststellen müssen, daß die rechtsethischen Prinzipien der Sozialstaatlichkeit und der autonomen, materiell-realgleichen Selbstbestimmungsfähigkeit zur Korrektur der Abschlußfreiheit zwingen können.
Dies ist gegenüber Personen nach dem Recht der beruflichen Rehabilitation der Fall, welche sich nach ihrer Genesung um Einstellung bewerben. Der zu ihren Gunsten bestehende verfassungsrechtliche Schutz (nämlich die Gewährleistung der freien Ent-

---

404 A.a.O. S. 494 unter Bezugnahme auf Raiser und Reinhardt, dorts. Fn. 27, 28.

faltung ihrer Persönlichkeit aus einer sozial erheblich benachteiligten "Startchance" heraus) bewirkt, daß der ursprüngliche Plan des BGB überstiegen wird: Die sich zum wirtschaftlichen Liberalismus bekennende Konzeption der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit steht mit den rechtsethischen Prinzipien nicht im Einklang.
Zur Lösung sozialer Spannungsverhältnisse sind Bestrebungen tendenziell sichtbar, die autonome Entscheidungsfähigkeit der am Zivilrechtsverkehr Beteiligten einzuschränken. Dies will insbesondere im Arbeitsrecht einer Entpersönlichung entgegenwirken. Mit dieser Tendenz stimmt auch das hier vorgeschlagene und vertretene Ergebnis überein.

cc) Diese methodologischen Erwägungen werden in materiellrechtlicher Hinsicht ergänzt:
Die privatrechtsgestaltende Wirkungskraft des sozialstaatlich interpretierten Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG muß um den Gedanken der Solidarität, Sozialpflichtigkeit ausgefüllt werden. Die hiernach vorzunehmende Güterabwägung führt dazu, die Interessen der sich bewerbenden Arbeitskräfte (berufliche Rehabilitation) rangmäßig vor jenen der Arbeitgeber einzustufen.

dd) Demgegenüber ist gewährleistet, daß dieser zivilrechtlichen Position der Stellenbewerber betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte entgegengehalten werden können. Das ergibt sich aus der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit der Arbeitgeber (Art. 2 I GG). Folglich können Arbeitgeber Bewerber zurückweisen, wenn betriebswirtschaftliche Notwendigkeiten gegen eine Beschäftigung der Arbeitsuchenden sprechen. Allerdings wird der Arbeitgeber, der in dieser Weise verfahren will, seine Ablehnung begründen müssen: weil es sich nach der hier vertretenen Auffassung um ein durchsetzbares, gerichtlich nachprüfbares Recht der Rehabilitierten und der noch Behinderten handelt, müßten die Bewerber den Einstellungsanspruch im konkreten Einzelfall beweisen. Dazu gehört vor allem der Nachweis, daß in einem Betrieb ein Arbeitsplatz frei ist und mit einem voll zu rehabilitierenden Arbeitsanfänger besetzt werden kann. Dies-

bezügliche Informationsmöglichkeiten sind mit Hilfe der Arbeitsverwaltung und der Hauptfürsorgestelle für Schwerbehinderte bereits gewährleistet.
Dagegen wird von solchen Arbeitsuchenden nicht auch der Nachweis verlangt werden können, daß ihrer Beschäftigung betriebswirtschaftliche Umstände nicht entgegenstehen. Dies setzte die Einblicksmöglichkeit in die entsprechenden Zusammenhänge voraus, die sie regelmäßig wohl nicht besitzen können.

Die Arbeitgeber könnten den Gegenbeweis antreten, zur Einstellung nicht verpflichtet zu sein. Dies könnten sie nur durch den Nachweis betriebswirtschaftlicher Fakten erreichen, zu denen vor allem die Betriebsgröße zu rechnen ist. In entsprechender Anwendung des in § 4 I SchwbG festgesetzten Maßstabes kann demnach eine Beschäftigungspflicht generell nur dann bestehen, wenn der Betrieb mindestens 16 Arbeitsplätze hat. Weiterhin könnten sie behaupten, daß der Beschäftigung gerade dieses sich bewerbenden medizinisch Rehabilitierten bzw. Behinderten Gründe entgegenstehen, die dem optimalen Rehabilitationserfolg gefährden.

Ob solche Fakten die Ablehnung des Bewerbers rechtfertigen, hängt damit von der Entscheidung des angerufenen Arbeitsrichters ab.[405] Bejaht er entgegen der Ansicht des beklagten Arbeitgebers die Voraussetzungen eines Einstellungsanspruchs nach den obigen Grundsätzen, so bemißt sich die Rechtsfolge ggf. nach § 894 ZPO (Fiktion der Abgabe der Willenserklärung des Arbeitgebers bei Eintritt der Rechtskraft des Urteils, wenn sich dieser auch nach dem Urteilsspruch weigert, die Willenserklärung abzugeben). Entsprechendes gilt für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 99 BetrVG. In dem Verfahren wird der Richter den Betriebsrat, sofern er in einem Betrieb gebildet worden ist, beiladen müssen, damit dieser

---

405 In ähnlicher Weise muß er sich schon nach der neueren Rechtsprechung des BAG zum Arbeitskampfrecht mit der Verhältnismäßigkeit zwischen Arbeitskampfziel und -mittel befassen: Um beurteilen zu können, ob z.B. ein Streik dadurch gegen das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip verstoßen kann, daß das angestrebte Streikziel im Verhältnis zum eingetretenen "Schaden" der Gegnerseite unbedeutend ist, benötigt der Richter betriebswirtschaftliche Unterlagen (vielfach auch volkswirtschaftliche).

etwaige Gründe gem. § 99 II BetrVG, die ihn zur Verweigerung seiner Zustimmung berechtigen könnten, vortragen kann. Die rechtskräftige Entscheidung des Richters wird die etwa fehlende Zustimmung des Betriebsrats fingieren.

Auf diesem auch prozessual gesicherten Wege ist es ausgeschlossen, daß Arbeitgeber Bewerbungen von zu rehabilitierenden Arbeitskräften willkürlich zurückweisen können.
Diese vorgeschlagene zivilrechtliche Lösung sichert damit den verfassungsrechtlich verankerten Persönlichkeitsschutz, der im vorigen Teil dieser Untersuchung herausgearbeitet ist. Der wegen möglicher betriebswirtschaftlicher Einwände grundsätzlich relative Einstellungsanspruch der hier behandelten Arbeitsuchenden (Abschlußzwang des Arbeitgebers) ist demzufolge funktionsfähig und praktikabel.

ee) Der Gesetzgeber hat im Rahmen der sozialen Gestaltung die Möglichkeit, die verfassungsmäßige Wertordnung und deren Ausstrahlung ins Arbeitsrecht durch entsprechende Normierungen auch in den Beziehungen der Rechtsgenossen untereinander festzuschreiben. Er kann dies (sofern er dem vorliegenden Lösungsvorschlag folgt) auf dem Gebiete der beruflichen Rehabilitation dadurch tun, daß er in einem Arbeitsgesetzbuch oder Arbeitsvertragsgesetz die Abschlußfreiheit der Arbeitgeber beschränkt. Dann würde er das Ergebnis normieren, das nach der hier vorgeschlagenen gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf rechtsethische Prinzipien nachweisbar ist.
Es führt zu folgendem Formulierungsvorschlag[406]:

I 1 Behinderte im Sinne des § 1 I RehaAnglG haben nach Abschluß medizinischer Rehabilitationsmaßnahmen gegen private Arbeitgeber und Arbeitgeber der öffentlichen Hand (Arbeitgeber) einen Anspruch auf Abschluß eines Arbeitsvertrages. 2 Der Anspruch besteht nur, wenn der Arbeitgeber mindestens 16 Arbeits-

406 Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Formulierungsvorschlag von Gamillscheg, Festschrift für Werner Weber, a.a.O. S. 815. Der dortige Entwurf eines zu normierenden relativen Kontrahierungszwanges ist allgemein gefaßt, weil er alle Arbeitnehmer betrifft. Dagegen beschränkt sich die hier vorliegende Untersuchung auf die besondere Situation der medizinisch Rehabilitierten bzw. der noch Behinderten. Der sich daraus ergebende Formulierungsvorschlag muß daher speziellen, insbesondere auch verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten Rechnung tragen, die diesen Personenkreis betreffen.

plätze im Sinne des § 6 I SchwbG hat.

II 1 Der Arbeitgeber kann die Einstellung eines Bewerbers im Sinne des I 1 nur ablehnen, wenn dies betriebswirtschaftliche Umstände erfordern. 2 Hierzu gehört auch die Unmöglichkeit, den Bewerber entsprechend seiner Leistungsfähigkeit ohne Gefährdung seiner Eingliederung bzw. Wiedereingliederung beschäftigen zu können.

3 Die Ablehnung ist schriftlich zu erklären und schriftlich zu begründen.

III 1 Weigert sich der Arbeitgeber zum Abschluß eines Arbeitsvertrages, ohne hierzu berechtigt zu sein, so kann der Bewerber Klage gegen den Arbeitgeber auf Einstellung erheben.
2 Der Betriebsrat ist beizuladen; seine fehlende Zustimmung wird durch das rechtskräftige Urteil ersetzt.

Vierter Teil Arbeitssicherheit zugunsten der rehabilitierten und der noch behinderten Arbeitnehmer

1. Kapitel Die Grundlagen der Prävention

I Ranggleichheit von beruflicher Rehabilitation und Prävention

Aus sachlicher Notwendigkeit, die auf der Hand liegt, nimmt die (berufliche) Prävention die gleiche Rangstelle ein wie die (berufliche) Rehabilitation.
Präventive Maßnahmen, die neben der eigentlichen Hauptaufgabe der Sozialversicherung, der geldleistenden Sozialverwaltung stehen, vervollständigen damit das Schutzsystem der Rehabilitation. Sie sollen dazu eingesetzt werden, Schadensereignisse zu verhindern, die sonst Rehabilitationsmaßnahmen auslösen würden.[1] Das betrifft jeden Arbeitnehmer, wird aber bei jenen Personen besonders auffällig, die rehabilitativ behandelt sind und jetzt - etwa nach längerem Sanatoriumsaufenthalt mit nicht hektisch verlaufender Umschulung - in den Arbeitsprozeß eingeordnet werden: sollte bei ihnen sogar ein nicht korrigierbarer Behinderungsrest bestehen bleiben, so kann die Gefahr einer erneuten Schädigung in erhöhtem Maße bestehen.
Insofern sind präventive Maßnahmen für die gesellschaftliche Rolle und das Integrationsschicksal von noch nicht, nicht mehr oder immer noch behinderten, in ihrer gesundheitlichen Integrität bedrohten Personen am Arbeitsplatz wichtig.
Auch nach dem Verständnis der Bundesregierung kann sich Sozialpolitik nicht darauf beschränken, nur soziale Risiken abzudekken, den Ursachen individueller und gesellschaftlicher Notstände und Fehlentwicklungen nachzugehen und dabei helfen, sie abzubauen. Vielmehr muß Sozialpolitik nach diesem Standpunkt gleichzeitig vorsorgenden Charakter haben und zur Chancengleichheit in der Gesellschaft beitragen.[2]
Der Ranggleichheit von Rehabilitation und Prävention trägt § 1 II RehaAnglG Rechnung, denn den Behinderten, die z.B. auf

---

1 Vgl. hierzu oben Erster Teil, 1. Kapitel III, S. 16, V, S. 17 f.

2 Vgl. Sozialbericht (der Bundesregierung) 1971, Tz. 37 ("Prävention").

Grund eines erlittenen Körperschadens nunmehr rehabilitativ zu behandeln sind, stehen diejenigen Personen gleich, denen eine Behinderung droht.[3]
Damit ist auch gesetzlich umschrieben, daß präventive Maßnahmen nicht nur bei gesunden Arbeitnehmern in Frage kommen, sondern bei medizinisch rehabilitierten bzw. nach Abschluß entsprechender Maßnahmen noch behinderten Arbeitnehmern darauf auszurichten sind, einen möglichst optimalen Eingliederungseffekt zu erreichen. Der durchzügig normierte Leistungskatalog[4] hält hierfür z.B. Vorbeugeuntersuchungen zur Früherkennung von Krankheiten, Berufshilfe, Wohnungsfürsorge, Behindertensport bereit.

II Prävention und Arbeitssicherheit

1. Prävention und Humanisierung der Arbeitswelt im allgemeinen

Arbeitssicherheit des in dieser Arbeit behandelten Personenkreises ist ein Ausschnitt aus diesem Leistungsbereich. Er ist der wohl wichtigste, denn die in dem Katalog normierten präventiv wirkenden Maßnahmen zögen nicht, wenn die Hauptursache aller Leistungsdefizite, nämlich ein nicht sicherer Arbeitsplatz, nicht hinreichend berücksichtigt werden würde.
Allerdings wird sich "Arbeitssicherheit" in diesem Sinne nicht nur auf die Funktionsgerechtigkeit und technische Ungefährlichkeit des Arbeitsplatzes beschränken können, sondern in einem umfassenderen Sinne zu beurteilen sein. Denn § 90 BetrVG stellt die Verpflichtung von Arbeitgeber und Betriebsrat heraus, bei der Gestaltung von Arbeitsplatz, Arbeitsablauf und Arbeitsumgebung die gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit zu berücksichtigen. § 91 BetrVG räumt dem Betriebsrat ein hierauf bezogenes

---

3 Nach der hier vorgeschlagenen Definition (vgl. Erster Teil, 2. Kapitel IV 3, S. 38) "droht" eine Behinderung, wenn diese Nachteile, d.h. der nicht nur vorübergehende Ausschluß des Arbeitnehmers im Falle eines regelwidrigen körperlichen, seelischen oder geistigen Zustandes von einer Tätigkeit oder Berufsausübung oder von einer Teilnahme am öffentlichen Leben, ohne Rehabilitationsmaßnahmen nach ärztlichem Standpunkt wahrscheinlich eintreten würden.

4 S.o. Erster Teil, 2. Kapitel II, S. 31 bis 33.

mitbestimmungsrecht ein, das als volles Initiativrecht ausgebaut ist. Damit tritt zu dem Gedanken der Prävention der Gesichtspunkt der Humanisierung der Arbeitswelt hinzu. Allgemein betrachtet, bedeutet dies, daß sich die Bestimmungsgrößen und Gestaltungsprinzipien der Arbeitswelt nicht mehr allein an den sog. Sachzwängen zu orientieren haben, sondern an den sozialen, psychischen und physischen Bedürfnissen des Menschen. Humanisierung der Arbeitswelt erfordert "die Abkehr von der traditionellen Maxime, daß die Anpassung des Menschen an die Arbeit und die Arbeitsbedingungen Vorrang vor dem Umgekehrten habe".[5]

Ziel des diesbezüglichen Aktionsprogramms der Bundesregierung[6] ist es, Möglichkeiten zu untersuchen, wie die Arbeitsbedingungen stärker als bisher den Bedürfnissen der arbeitenden Menschen angepaßt werden können: angesichts der immer noch hohen Zahl der Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten müsse einerseits jede Bemühung um eine Humanisierung des Arbeitslebens auf eine Verstärkung des Arbeitsschutzes gerichtet sein. Gleichzeitig wird hierzu festgestellt, daß der herkömmliche Schutz des Arbeitnehmers vor Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten jedoch nicht ausreiche. Mit Recht wird nämlich darauf verwiesen, daß in der hochentwickelten Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft eine Vielzahl anderer Belastungen hinzugekommen sei, die für sich allein oder in ihrem Zusammenwirken zu Gesundheitsgefahren, körperlichem Verschleiß und psychischen Schäden führen könnten.

Andererseits wird hervorgehoben, daß sich die Humanisierung des Arbeitslebens nicht nur in einem Abbau von Belastungen erschöpfen dürfe, sondern darüber hinaus dem einzelnen auch Möglichkeiten für die Entfaltung seiner Fähigkeiten und damit zur Selbstverwirklichung geben solle. Der Weg zu diesem Ziel ist besonders durch die Entwicklung von menschengerechten Arbeitstechnologien; die Erarbeitung von beispielhaften Vorschlägen

---

5 Vgl. Hagenkötter, a.a.O. S. 203.

6 Des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung und des Bundesministers für Forschung und Technologie, A I, vgl. RdA 1974, 364 ff. (364).

und Modellen für die Arbeitsorganisation und die Gestaltung von Arbeitsplätzen; die Verbreitung und Anwendung wissenschaftlicher Erkenntnisse und Betriebserfahrungen gekennzeichnet.

Dabei genügt es nach dem Aktionsprogramm[7] nicht, die Arbeitsbedingungen so zu gestalten, daß Unfälle, Krankheiten und vorzeitige Verschleißerscheinungen verhindert werden. Vielmehr komme es auch darauf an, dem Menschen eine ihn interessierende, befriedigende Arbeit zu geben, es ihm zu ermöglichen, seine Fähigkeiten einzusetzen und weiterzuentwickeln. Hier klingt die bedeutsame "soziale Lebensqualität" im Arbeitsleben an, welche die Arbeitnehmer vor einem Abstieg in geringer qualifizierte Arbeit durch zweckentsprechende Organisation der Arbeit bewahren muß. Humanisierung der Arbeit erstreckt sich also auf alle Faktoren, die die Lebens- und Arbeitssituation der Arbeitnehmer beeinflussen, und zwar jenseits des technischen Arbeitsschutzes und der Unfallverhütung.[8]

2. Prävention und Humanisierung der Arbeitswelt insbesondere zugunsten der behinderten Arbeitnehmer

Gerade für Behinderte kommt es auf die Arbeitssicherheit und auf den skizzierten Gedanken der Humanisierung des Arbeitslebens an: das erwähnte Aktionsprogramm verweist[9] auf Untersuchungen der Bundesanstalt für Arbeit über Berufsverläufe männlicher Erwerbspersonen. Sie hätten ergeben, daß Behinderte in der Bundesrepublik Deutschland heute noch häufiger als Nichtbehinderte unterhalb ihres Arbeitsniveaus beschäftigt seien. Ursachen hierfür lägen in der Betriebsorganisation. Diese seien aufzuklären und abzubauen; ferner sei es notwendig, den Gedanken der Prävention am Arbeitsplatz zu verstärken, um Behinderungsursachen so weit wie möglich auszuschließen.

Spezifische Arbeitsplatzsituationen gerade der behinderten Arbeitnehmer, hervorgerufen durch soziale, psychologische, organisatorische und technische Schwierigkeiten, erfordern in diesem Zusammenhang ebenso spezifische Schutzmaßnahmen. Sie werden

---

7 B I 5, RdA 1974, 364 ff. (368).

8 Vgl. Rohde, a.a.O. S. 111.

9 B III 3, RdA 1974, 364 ff. (369); ohne Zahlenangaben.

als individuelle Hilfen nicht immer generalisiert und u.U. nur durch umfassende Beratung von Arbeitgebern und Arbeitsplatzgestaltern bei der Lösung individueller Anpassungsprobleme sichergestellt werden können.[10]

Zudem gewinnen präventive Maßnahmen für medizinisch rehabilitierte und für noch behinderte Arbeitnehmer dadurch besondere Bedeutung, daß sie ähnlichen Zielen dienen können, wie es die berufliche Rehabilitation bezüglich des beruflichen Aufstiegs anstreben muß: So wie die Startchancen der wiedereingestellten Arbeitnehmer durch Förderung des beruflichen Aufstiegs gesteigert werden und so mit einer "Verdichtung" des Arbeitsmarktes gleichgezogen werden können,[11] kann auch die Prävention einsetzen. Sie kann verhindern, daß ein rehabilitativ behandelter Arbeitnehmer in seiner beruflich-fachlichen Qualifikation und Position bei einer weiteren "Verdichtung" des Arbeitsmarktes zurückfällt und so u.U. in ein unaufholbares berufliches Defizit gerät.

Schließlich erscheint der umfassende präventive Schutz dieser Personen besonders deshalb erforderlich, weil sie sich "fest verwurzelten Vorurteilen und Fehleinschätzungen über ihre Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft gegenüberstehen sehen und daß sie - als Konsequenz - verminderte Beschäftigungschancen haben, da ein ausreichendes, ihren[12] Fähigkeiten und Neigungen entsprechendes Arbeitsangebot nur unzureichend vorhanden ist. Sozial- und Arbeitspolitik müssen sich mit Vorrang darum kümmern, diesen ohnehin benachteiligten Menschen gesicherte und qualitativ den Anforderungen entsprechende Arbeitschancen zu verschaffen"[13] - um Überbelastungen und Unterbelastungen zu vermeiden.

III Verfassungsrechtliche Rangstelle der Prävention im umfassenden Sinne und deren funktionale Bedeutung für den relativen Kontrahierungszwang

Mit diesen Überlegungen ist ein Ausgangspunkt gewonnen, der auch für die Arbeitssicherheit des in dieser Arbeit behandelten

---

10 Vgl. Aktionsprogramm der Bundesregierung, B III 3, RdA 1974, 364 ff. (370).

11 S.o. Erster Teil, 2. Kapitel I 3, S. 27.

12 Hervorhebung durch Verfasser, A.B.

13 Rohde, a.a.O. S. 117.

Personenkreises entscheidend ist. Er füllt gleichzeitig das oben[14] entwickelte "besondere Persönlichkeitsrecht auf Rehabilitation" aus, und zwar das die Prävention betreffende Element:

Zur verfassungsrechtlich gebotenen Sicherung eines bestmöglichen Rehabilitationseffektes treten Garantien einer Arbeitssicherheit hinzu, die nicht nur präventive Hilfen im Sinne des herkömmlichen technischen Unfall- und Krankheitsschutzes umfassen. Sie müssen, durch "Humanisierung des Arbeitslebens" verstärkt, auch den Gesichtspunkten der freien Entfaltung der Persönlichkeit Rechnung tragen. Mit diesem gleichsam doppelten Inhalt müsse sie - da sachlich in der gleichen Weise wie beim Rehabilitationsrecht auf die Persönlichkeitsentfaltung ausgerichtet - ebenfalls den Schutzbereich der Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG unterfallen.

Ferner ist nur das Zusammenspiel der beiden Komponenten der Prävention, nämlich der technische Unfall- und Krankheitsschutz und die Humanisierung des Arbeitslebens, dazu geeignet, den nach der hier vertretenen Ansicht bestehenden relativen Kontrahierungszwang der Arbeitgeber zugunsten der rehabilitierten und der noch behinderten Arbeitnehmer sinnvoll zu verwirklichen. Denn ein relatives Abschlußrecht des sich nach Beendigung eines medizinischen Rehabilitationsverfahrens bewerbenden Arbeitsuchenden ist nicht viel wert, wenn ihm als Arbeitnehmer nicht Schutzfunktionen garantiert werden, die seine vollwertige Eingliederung in Beruf und Gesellschaft optimal vorbereiten und auf Dauer sichern.

Erst diese vermögen neue Rehabilitationsfälle von morgen zu verhindern.

2. Kapitel Die Verwirklichung der Prävention durch das "Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit"[15]

I Leitgedanken des ArbSichG

Nach § 1 ArbSichG hat der Arbeitgeber Betriebsärzte und Fach-

---

14 S. das Ergebnis im Zweiten Teil, 2. Kapitel IV 4 a), S. 138.

15 Vom 12.12.1973 (BGBl. I, S. 1885), im Nachfolgenden mit der nichtamtlichen Bezeichnung "Arbeitssicherheitsgesetz" (ArbSichG) gekennzeichnet.

kräfte für Arbeitssicherheit zu bestellen, die für einen wirksamen Arbeits- und Unfallschutz sowie für die Verwirklichung gesicherter arbeitsmedizinischer und sicherheitstechnischer Erkenntnisse sorgen sollen. Diese Verpflichtung kann der Arbeitgeber gem. § 19 ArbSichG auch dadurch erfüllen, daß er einen überbetrieblichen Dienst von Betriebsärzten oder Fachkräften für Arbeitssicherheit zur Wahrnehmung der in den §§ 3, 6 ArbSichG katalogmäßig nicht abschließend aufgeführten Aufgaben[16] verpflichtet.

Das ArbSichG geht davon aus, daß die sozialpolitisch für notwendig erachtete Verbesserung der Arbeitssicherheit nur erreicht werden kann, wenn dem für die Arbeitssicherheit verantwortlichen Arbeitgeber ein entsprechend geschultes Fachpersonal beratend zur Verfügung steht. In der Begründung des Regierungsentwurfs eines ArbSichG[17] wird zu diesem Punkt ergänzend ausgeführt, daß das Ziel des (geplanten) ArbSichG durch eine personelle Verstärkung der Aufsichtsdienste (technische Aufsichtsbeamte der Unfallversicherungsträger, Gewerbeaufsichtsbeamte und staatliche Gewerbeärzte) nicht intensiviert werden könne.

Das ArbSichG will durch die Bestellung von Betriebsärzten und Fachkräften für Arbeitssicherheit vor allem eine sachverständige Anwendung der technischen und medizinischen Vorschriften, eine sachverständige Anwendung moderner sicherheitstechnischer und arbeitsmedizinischer Erkenntnisse und einen optimalen Einsatz der vorhandenen Mittel für Arbeitssicherheit und Unfallverhütung erreichen.[18]

Wie sich aus § 9 I, II ArbSichG ergibt, geht das ArbSichG weiter von einer Verklammerung der Aufgaben aus, die einerseits den Betriebsärzten und Fachkräften für Arbeitssicherheit, andererseits dem Betriebsrat nach dem BetrVG (insbesondere nach den §§ 80 I, 89 I) obliegen. Denn nach § 9 I ArbSichG hat das

---

16 § 3: Aufgaben der Betriebsärzte, § 6: Aufgaben der Fachkräfte für Arbeitssicherheit.

17 BT-Drucks. VI/3390 v. 28.4.1972, Teil A, S. 7, erneut eingebracht als BT-Drucks. 7/260.

18 Vgl. z.B. Wlotzke, AuR 1974, 1 ff. (6).

bezeichnete Fachpersonal bei der Erfüllung seiner Aufgaben mit dem Betriebsrat zusammenzuarbeiten und ihn u.a. in den Angelegenheiten des Arbeitsschutzes und der Unfallverhütung zu unterrichten und auf dessen Verlangen zu beraten. Neben diesem wechselseitigen Zusammenwirken stellt das ArbSichG gleichzeitig auf eine Vertrauensbasis in der Belegschaft ab, derer die Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit bedürfen: § 9 III ArbSichG räumt dem Betriebsrat ein über § 87 I Nr. 7 BetrVG hinausgehendes Beteiligungsrecht ein, indem das Fachpersonal nur mit seiner Zustimmung bestellt und abberufen werden kann.

Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit haben somit den Unternehmer und sonstige betriebliche Führungskräfte sowie den Betriebsrat in allen Fragen des Arbeitsschutzes zu unterstützen. Dabei ist es erkennbar, daß das ArbSichG mit Hilfe flexibler Vorschriften eine betriebsnahe Verwirklichung der umfassenden Arbeitssicherheit gewährleistet. So sind nach § 1 Ziffer 1 ArbSichG die dem Arbeitsschutz und der Unfallverhütung dienenden staatlichen und berufsgenossenschaftlichen Normen "den besonderen Betriebsverhältnissen entsprechend" anzuwenden. Weiter ergibt sich aus den nicht abgeschlossen normierten Aufgabenkatalogen für Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit (§§ 3, 6 ArbSichG), daß die Sachverständigen jederzeit neue, gesicherte arbeitsmedizinische und sicherheitstechnische Erkenntnisse zur Verbesserung des Arbeitsschutzes und der Unfallverhütung mit Rücksicht auf individuelle Betriebsbedingungen branchenspezifisch verwirklichen können.

Es liegt auf der Hand, daß die Sachverständigen im Zuge des technischen Fortschritts auch auf dem Gebiet der Ergonomie möglichst wenig durch Vorschriften gebunden werden dürfen, die im Einzelfall aus technischer Sicht unnötig fesseln könnten. Leitgedanke des auf die berufliche Rehabilitation im umfassenden Sinne bezogenen ArbSichG ist es damit, dem genesenen, arbeitsfähigen Arbeitnehmer Schutzfunktionen zu garantieren, die seine vollwertige Eingliederung in Beruf und Gesellschaft optimal vorbereiten und auf Dauer sichern.

II Die herausragende Bedeutung der Betriebsärzte und technischen Fachkräfte für die Verwirklichung der Prävention

Das ArbSichG hat damit den Betriebsärzten und technischen Fachkräften eine herausgehobene, entscheidende Funktion beigemessen. Demzufolge sichert ihnen § 8 ArbSichG bei der Ausübung ihrer Tätigkeit die fachliche Unabhängigkeit zu. Sie sind bei der Anwendung ihrer Fachkunde in jeder Beziehung weisungsfrei und in ihrem Einfluß dadurch gestärkt, daß sie dem Leiter des Betriebes unmittelbar unterstehen. Können sie mit ihm eine Verständigung im Einzelfall nicht erzielen, so können sie sich mit dem Arbeitgeber bzw. bei juristischen Personen mit dem zuständigen Mitglied des zur Vertretung berufenen Organs in Verbindung setzen; ihnen steht dann allerdings das letzte Wort zu. Dabei ist es nicht entscheidend, ob die zu bestellenden Sachverständigen zum Arbeitgeber auch in ein Arbeitsverhältnis treten (das ArbSichG unterscheidet zwischen der Bestellung und der arbeitsrechtlichen Anstellung, vgl. § 2 III) oder als freiberuflich Tätige nebenamtlich bestellt werden.

Die Regelung über ihre Bestellung ist allerdings insofern offen, als konkrete Anhaltspunkte hierfür fehlen. Nach §§ 2, 5 ArbSichG sind lediglich drei allgemeine Kriterien als Richtwerte angegeben, so daß ein Arbeitgeber wegen Fehlens entsprechender exakter Daten nicht ohne weiteres feststellen kann, ob und wie viele Sachverständige er bestellen muß: Es sind dies die Betriebsart und die sich aus ihr ergebenden Unfall- und Gesundheitsgefahren, die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer und die Zusammensetzung der Belegschaft, ferner die spezifische Betriebsorganisation.

In der Regierungsvorlage[19] ist in diesem Zusammenhang darauf verwiesen worden, daß statistische Unterlagen, die erforderlich sind, um exakte Daten für die verbindliche Bestellpflicht angeben zu können, fehlen.[20]

---

19 BT-Drucks. VI/3390 v. 28.4.1972 = BT-Drucks. 7/260 v. 26.2.1973, C zu § 2 Ziffer 3.

20 Nach den EWG-Richtzahlen zur Beschäftigung von Betriebsärzten soll die Gesamtzahl der Beschäftigten, für die ein Betriebsarzt erforderlich ist, 2.500 nicht überschreiten; die Richtzahl verringert sich bei besonderen betrieblichen Gefahren (vgl. Bulletin der EWG, Heft 8/1966, S. 57 ff.

Auf den ersten Blick ist es damit dem Arbeitgeber (neben ihm obliegenden verschiedenen Meldepflichten) zur eigenverantwortlichen Aufgabe gemacht worden, selbst darüber zu entscheiden, ob und wie viele Betriebsärzte und technische Fachkräfte er bestellen muß. Eine Präzisierung dieser insofern allgemeinen Pflicht ist jedoch eingeplant: durch den mit § 21 Ziffer 1 ArbSichG neu eingefügten § 708 I Nr. 4 RVO werden die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung ermächtigt, Vorschriften zu erlassen über diejenigen Maßnahmen, die der Unternehmer zur Erfüllung der sich aus dem ArbSichG ergebenden Verpflichtungen zu treffen hat. Zudem sieht § 14 ArbSichG die (subsidiäre) Möglichkeit vor, daß der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung durch Rechtsverordnung entsprechende Regeln festsetzt, sofern die Unfallversicherungsträger nicht nach § 708 I Nr. 4 RVO verfahren.

Insbesondere die fachliche Weisungsfreiheit und die zuvor[21] erwähnte Zustimmung als Voraussetzung einer Bestellung oder Abberufung, die vom Betriebsrat zu erteilen ist, sichern die Betriebsärzte und technischen Fachkräfte vor einseitigen und sie unmittelbar benachteiligenden Entscheidungen des Arbeitgebers.

Es fragt sich aber, ob bei zu erwartenden Interessendivergenzen zwischen diesen Sachverständigen und dem Betriebsrat nach dem ArbSichG - ggf. i.V.m. dem BetrVG - Sicherungsmöglichkeiten bestehen, die sachlich notwendige Lösungen bereithalten. Dies ist besonders angesichts der herausragenden Stellung der Sachverständigen bei der Verwirklichung von Prävention und Humanisierung der Arbeitswelt zu klären. So ist es denkbar, daß Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit im ausdrücklichen Kosteninteresse des Unternehmers Arbeitsschutzmaßnahmen nach dessen entsprechendem Vorbehalt zu Lasten der Belegschaft und damit den Interessen des Betriebsrats zuwider fallen lassen und sich insofern mit dem Arbeitgeber interessenmäßig solidarisieren.

---

21 S.o. I, S. 279.

Eine in derartigen Fällen wirksame Lösungsmöglichkeit bestünde, wenn der Betriebsrat mit Hilfe eines Initiativrechts ggf. unter Einschaltung einer Einigungsstelle vom Arbeitgeber die Abberufung eines pflichtwidrig handelnden Sachverständigen verlangen und durchsetzen könnte. Hierfür enthält das ArbSichG nichts.
Nach dem allenfalls einschlägigen § 9 III ArbSichG sind Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit mit Zustimmung des Betriebsrats zu bestellen und abzuberufen (sofern es sich nicht um die Verpflichtung oder Entpflichtung eines freiberuflich tätigen Arztes, einer freiberuflich tätigen Fachkraft für Arbeitssicherheit oder eines überbetrieblichen Dienstes handelt; bei ihnen ist der Betriebsrat gem. § 9 III 3 ArbSichG nur zu hören), § 9 III 1 ArbSichG. Daraus folgt, daß bei fest anzustellenden Sachverständigen nur dem Arbeitgeber ein diesbezügliches, an die Zustimmung des Betriebsrats geknüpftes Initiativrecht zusteht, nicht aber dem Betriebsrat.

Demgegenüber ist verschiedentlich unter Hinweis auf § 9 III 2 ArbSichG behauptet worden,[22] der Betriebsrat habe ein solches echtes Initiativrecht: Er könne zwar nicht die Bestellung eines bestimmten Betriebsarztes oder einer bestimmten Fachkraft für Arbeitssicherheit verlangen, wohl aber - ggf. über die Einigungsstelle - die Abberufung solcher Fachleute, die ihre Aufgaben vernachlässigten oder sie mangels Qualifikation nicht mehr erfüllen könnten.
Nach dem zur Stützung dieser Ansicht herangezogenen § 9 III 2 ArbSichG gilt das Zustimmungserfordernis gem. § 9 III Satz 1 auch dann, wenn die Aufgaben der Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit "erweitert oder eingeschränkt werden müssen; im übrigen gilt § 87 in Verbindung mit § 76 des Betriebsverfassungsgesetzes". Aus dieser Bezugnahme auf §§ 87, 76 BetrVG ist gefolgert worden, daß der Betriebsrat damit auch für die Abberufung ein ggf. mit Hilfe der Einigungsstelle durchsetzbares Initiativrecht[23] habe. Mit dieser Ansicht deckt sich

---

22 Vgl. Graeff, ArbSichG § 9 Anm. 5.1; Nöthlichs, SozSich. 1974, 143 ff. (146); Krebs, ZfS 1974, 1 ff. (4 f.).

23 Zum Initiativrecht gem. § 87 BetrVG vgl. Richardi bei Dietz/Richardi, BetrVG § 87 Rdnr. 6 ff.

der Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung des Bundestages zu dem Entwurf des ArbSichG[24]: Mit Rücksicht auf das Vertrauen der Arbeitnehmerschaft und des Betriebsrates, das die angestellten Sachverständigen zur Herbeiführung humanerer Arbeitsbedingungen benötigten, habe dem Betriebsrat unter der möglichen Einschaltung der Einigungsstelle ein erzwingbares Beteiligungsrecht zugestanden werden müssen. Daher müsse dem Betriebsrat durch die Verweisung auf § 87 BetrVG ein Initiativrecht auch insoweit zustehen, als ein Betriebsarzt oder eine Fachkraft für Arbeitssicherheit abberufen werden muß, weil sie z.B. die ihr übertragenen Aufgaben vernachlässigt.

Gegen diese Ansicht ist mit Recht auf den klaren, nicht auslegungsfähigen Wortlaut und die Systematik zwischen § 9 III 2 ArbSichG und § 87 BetrVG verwiesen worden.[25]
Einmal seien Bestellung und Abberufung von Betriebsärzten und Sicherheitsfachkräften sowie deren Aufgabenerweiterung und -einschränkung nur wirksam, wenn der Betriebsrat zugestimmt hat; bestellen oder abberufen bzw. die Aufgaben verändern könne allein der Arbeitgeber,[26] so daß der Betriebsrat nur tätig werden könne, wenn der Arbeitgeber eine der genannten Maßnahmen vorzunehmen beabsichtigt.[27]
Zum anderen sei "Zustimmung" i.S.d. § 9 III 1 ArbSichG dem Betriebsverfassungsrecht entnommen und bedeute, daß der Betriebsrat ein Widerspruchs- oder Vetorecht hat. Das sei eine mindere Form der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung, die deswegen ein Initiativrecht des Betriebsrats nicht beinhalte.
Nach dieser Ansicht[28] ergeben sich die hiermit korrespondierenden Zustimmungsverweigerungsgründe, die im ArbSichG nicht geregelt sind, aus der analogen Anwendung des § 98 Abs. 2 BetrVG.[29]

---

24 BT-Drucks. 7/1085 v. 11.10.1973 zu § 9 III, S. 7.

25 Vgl. Giese/Ibels/Rehkopf, ArbSichG § 9 Rdnr. 11 f.; Doetsch/Schnabel, ArbSichG § 9 Rdnr. 4.

26 Vgl. z.B. Giese/Ibels/Rehkopf, ArbSichG § 9 Rdnr. 11.

27 Vgl. Doetsch/Schnabel, ArbSichG § 9 Rdnr. 4.

28 Hüttig, DB 1975, 594 ff. (596).

29 Persönliche und fachliche Qualifikation von Personen, die mit der Durchführung der betrieblichen Berufsbildung beauftragt sind.

Schließlich sei bei der in § 9 III 2 ArbSichG vorgenommenen Verweisung auf § 87 BetrVG offensichtlich an § 87 I Ziffer 7 BetrVG gedacht.[30] Zwar könne der Betriebsrat in diesem Falle durch eigene Initiative aktiv werden, jedoch müsse es sich dabei um generelle Tatbestände handeln. Daher gelte dies nicht bei den Einzelfällen der Bestellung, Abberufung, Aufgabenänderung von Betriebsärzten oder Sicherheitsfachkräften.[31] Nach diesem Hinweis spricht somit auch die Systematik zwischen § 9 III 2 ArbSichG und § 87 I Ziffer 7 BetrVG gegen die Existenz eines Initiativrechts des Betriebsrats.
Hinzu kommt, daß die Verweisung auf das BetrVG[32] als zweiter Halbsatz des § 9 III Satz 2 ArbSichG formuliert ist. In gesetzessystematischer Hinsicht folgt hieraus, daß die Verweisung nur auf den ersten Halbsatz des § 9 III Satz 2 ArbSichG[33] bezogen werden kann,[34] nicht auch auf § 9 III 1[35] - eine Verweisung, die auch sachlich notwendig ist: Dem Betriebsrat wird für den Fall, daß bei einer Aufgabenänderung (§ 9 III 2 ArbSichG) die in § 87 I Ziffer 7 BetrVG genannten Regelungstatbestände betroffen werden und es sich hierbei um generelle Regelungen handelt, ein Initiativrecht eingeräumt.[36] Der ältere § 87 I Nr. 7 BetrVG konnte die Aufgabenänderung gem. § 9 III 2 ArbSichG - zumindest unmittelbar und seinem Wortlaut nach - nicht ins Mitbestimmungsrecht einbeziehen. Demnach kommen § 87 BetrVG und ein Initiativrecht des Betriebsrats nicht ins Spiel, sofern es sich um Organisationsakte der Bestellung bzw. Abberufung der Sachverständigen handelt, weil dies Einzelmaßnahmen sind.

---

30 Danach hat der Betriebsrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, mitzubestimmen bei Regelungen über die Verhütung von Unfallgefahren und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der sonstigen Unfallverhütungsvorschriften.

31 Doetsch/Schnabel, ArbSichG § 9 Rdnr. 4.

32 "... im übrigen gilt § 87 in Verbindung mit § 76 des Betriebsverfassungsgesetzes".

33 "Das gleiche (d.h. das Erfordernis der Zustimmung zur Bestellung und Abberufung der Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit gem. § 9 III ArbSichG) gilt, wenn deren Aufgaben erweitert oder eingeschränkt werden sollen."

34 So auch Krebs, ArbSichG § 9 Anm. IX 3, S. 12; vgl. aber Fn. 22.

Fn. 35 u. 36 s.S. 285

III Der nicht verwirklichte Wille des Gesetzgebers zur Verankerung eines Initiativrechts des Betriebsrats, gerichtet auf die Abberufung von Betriebsärzten und technischen Fachkräften für Arbeitssicherheit

Wortlaut, Wesen der betriebsverfassungsrechtlichen Zustimmung, Systematik zwischen § 9 III 2 ArbSichG und § 87 BetrVG und die Gesetzessystematik des § 9 III ArbSichG stehen damit im Gegensatz zum Willen des Gesetzgebers. Letzterer hat sich im Bericht des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung[24] mit dem Inhalte niedergeschlagen, es sei ausdrücklich beabsichtigt, dem Betriebsrat ein Initiativrecht auch bezüglich der Abberufung der genannten Sachverständigen einzuräumen.[37]
Daher wäre sogleich daran zu denken, den Text des § 9 III 2 ArbSichG zweiter Halbsatz als Redaktionsversehen[38] in einen selbständigen Satz umzudeuten. Dieser müßte, die Unterscheidung zwischen Einzelfallmaßnahmen und kollektiven (generellen) Regelungen beachtend, ein eigenständiges Initiativrecht beinhalten; die Verweisung auf §§ 87, 76 führte hierzu nicht. Er bezöge sich dann systematisch auf § 9 III 1 ArbSichG.
Dies setzte jedoch und vor allem in methodologischer Hinsicht voraus, daß der Gesetzestext überhaupt auslegungsfähig ist.
Es ist H ü t t i g [39] zuzustimmen, daß bei dieser Divergenz der Text des § 9 III 2 ArbSichG verbindlich ist. Denn er stellt eine in sich zusammenhängende und verständliche Regelung dar, die darüber hinaus mit der Systematik des BetrVG harmoniert.

---

35 So aber z.B. Giese/Ibels/Rehkopf, ArbSichG Rdnr. 11, ohne Begründung.

36 A.M. (generelle Ablehnung eines Initiativrechts) Doetsch/Schnabel, ArbSichG § 9 Rdnr. 4.

37 Hüttig, DB 1975, 594 ff. (596 mit Fn. 19 und Verweisung auf Larenz, Methodenlehre S. 308 ff.), weist den Willen des Gesetzgebers zutreffend nach: Die erklärten Normvorstellungen der Gesetzesverfasser und Mitglieder des Bundestags-Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung (s.o. Fn. 24) könnten als "Wille des Gesetzgebers" bezeichnet werden, wenn sich das Plenum des Bundestages der Bedeutung einer vom Ausschuß beschlossenen Änderung bewußt geworden sei. Letzteres könne hier deswegen unterstellt werden, weil der Ausschußbericht mit Änderungsvorschlägen dem Bundestag vorgelegen habe.

38 Doetsch/Schnabel, ArbSichG § 9 Rdnr. 4, sprechen demgegenüber davon, es handele sich bei dem Ausschußbericht in diesem Punkte um ein Redaktionsversehen.

39 DB 1975, 594 ff. (596).

Würde man dem Willen des Gesetzgebers folgen, so käme man zudem zu einer kaum konsequenten Lösung: Nach dem Ausschußbericht[24] soll sich das Initiativrecht des Betriebsrats nur auf den Fall der Abberufung eines Betriebsarztes oder einer Sicherheitsfachkraft beziehen. Folglich behielte der Arbeitgeber das alleinige Initiativrecht zur Bestellung solcher Personen. Dieses Recht wäre aber entwertet, wenn man bedenkt, daß der Betriebsrat durch die Geltendmachung des Initiativrechts mit Hilfe der Einigungsstelle die Abberufung von Arbeitsschutzfachleuten durchsetzen könnte. Er unterliefe dadurch das alleinige Initiativrecht des Arbeitgebers bei der Bestellung. Daher wäre es konsequent, das dann tatsächlich eingeschränkte Initiativrecht des Arbeitgebers bei der Bestellung auch rechtlich als ein solches, mit einem Initiativrecht des Betriebsrats belastetes Recht zu bezeichnen und ggf. zu textieren. Daneben ist nach dem ArbSichG nicht erkennbar, weswegen zwischen der Bestellung und Abberufung in initiativrechtlicher Hinsicht ein Unterschied gemacht werden sollte.
Ergebnis ist also, daß § 9 III 2 ArbSichG trotz der Verweisung auf §§ 87, 76 BetrVG ein Initiativrecht des Betriebsrats - gerichtet auf die Abberufung eines pflichtwidrig handelnden oder persönlich bzw. fachlich nicht mehr qualifizierten Betriebsarztes oder technischen Sachverständigen - nicht bereithält.[40]

---

40 Neben der gerade herausgearbeiteten Bedeutung der Verweisung in § 9 III 2 zweiter Halbsatz ArbSichG auf §§ 87, 76 BetrVG (Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Aufgabenänderung i.S.d. § 9 III 2 erster Halbsatz) tritt die folgende Bedeutung hinzu:
Es wird klargestellt, daß bei allen Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, die sich auf die Aufgabenänderung (§ 9 III 2 ArbSichG) beziehen, die Einigungsstelle angerufen werden kann und nicht etwa das Arbeitsgericht, wie dies z.B. bei § 98 V BetrVG der Fall ist: Streiten sich Arbeitgeber und Betriebsrat bei der Bestellung oder Abberufung einer mit der Durchführung der betrieblichen Berufsbildung beauftragten Person und kommt eine Einigung zwischen ihnen nicht zustande, so kann der Betriebsrat beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, die Bestellung zu unterlassen oder die Abberufung durchzuführen.

Der Betriebsrat kann daher Interessendivergenzen im oben beschriebenen Sinne[41] durch eigeninitiierte Abberufung z.B. pflichtwidrig handelnder Betriebsärzte bzw. Sicherheitsfachkräfte nicht lösen. Er ist auf den Weg verwiesen, in solchen "pathologischen" Fällen gleichsam in einer Impulsfunktion die zuständige Behörde zum Einschreiten anzuregen: Nach § 12 I ArbSichG kann diese dem Arbeitgeber Maßnahmen auftragen, die zur Sicherstellung des Arbeitsschutzes erforderlich sind; hierzu gehören insbesondere die Pflichten hinsichtlich der Bestellung von Betriebsärzten und Fachkräften für Arbeitssicherheit. Sofern die Behörde die vom Betriebsrat ausgehenden Impulse aufgreift, kann sie daher die Pflicht des Arbeitgebers zur Bestellung eines fähigen Sachverständigen neu festsetzen.[42] § 12 ArbSichG verstärkt die Position des Betriebsrats insofern; allerdings nur mittelbar, weil er nicht darauf abzielt, die direkte Rechtsbeziehung der betrieblichen Sozialpartner auszubauen.

Eine stärkere Position erhält der Betriebsrat auch nicht durch § 104 BetrVG: Er gelte in seltenen Fällen nur dann, wenn ein angestellter Betriebsarzt oder Sicherheitsfachmann den Betriebsfrieden wiederholt ernstlich störte und nicht leitender Angestellter (§ 5 III 3 BetrVG) wäre.
Weiteres Ergebnis ist ein für die Belegschaft nachteiliges Gefälle: Mit der herausragenden Bedeutung des medizinischen und sicherheitstechnischen Fachpersonals für Prävention und Humanisierung der Arbeitswelt korrespondiert das in § 9 III 1 ArbSichG als Vetorecht konstruierte Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht. Adäquat wäre nur ein Initiativrecht des Betriebsrats, das sich auf den Organisationsakt der Abberufung richten und auf verfahrensrechtlich vorgeschriebenem Wege durchsetzbar wäre.

---

41 S.o. S. 281; sie hatte der Fachausschuß des Bundestages offensichtlich auch vor Augen (vgl. o. S. 283), so daß - weil im Gesetzgebungsverfahren die Gefahr einer Interessenpolarisation gesehen wurde - diese hier nicht nachgewiesen zu werden braucht.

42 Deren Nichterfüllung kann nach § 20 I 1, II ArbSichG als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu 50.000 DM geahndet werden.

IV Stärkung der Rechtsposition des Betriebsrats durch Konstruktion eines dem Willen des Gesetzgebers entsprechenden Initiativrechts

1. Die Ausgangspunkte

Bei einer sachgerechten Konstruktion eines Initiativrechts erscheinen zwei Ausgangspunkte wesentlich. Einmal fehlt nach wie vor eine Deckungsgleichheit zwischen dem Willen des Gesetzgebers[43] und dem Gesetzestext.

Wenngleich der Wille des Gesetzgebers bezüglich des Initiativrechts des Betriebsrats zur Abberufung unfähiger Fachleute nach den vorstehenden Erwägungen und dem ArbSichG juristisch nicht verwirklicht werden kann, so bleibt dieser Wille selbst immerhin bestehen. Er zielt auf die vorrangig betriebsinterne Lösung eines interessenbedingten Spannungsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Denn daß der Gesetzgeber ein derartiges Spannungsverhältnis voraussah und es zunächst betriebsintern lösen wollte, ergibt sich daraus, daß er dem Betriebsrat das starke erzwingbare Beteiligungsrecht gem. §§ 87, 76 BetrVG zugebilligt hat: er wollte es gerade nicht bei der aufgezeigten Möglichkeit gem. § 12 ArbSichG belassen, dem Betriebsrat lediglich eine Impulsfunktion zur Beseitigung "pathologischer" Zustände zuzuschreiben.

Die vorrangig betriebsinterne Lösung solcher Spannungsverhältnisse ist auch nach der hier vertretenen Ansicht anzustreben. Denn der Arbeitseinsatz eines fähigen Arbeitsschutzpersonals entscheidet über präventive Maßnahmen, die Effizienz der Bemühungen zur Humanisierung der Arbeitswelt und damit über die Sicherung des möglichst optimal anzustrebenden Rehabilitationseffektes. Ferner sichert erst die betriebsinterne Konfliktregelung die Konzeption des ArbSichG.

Zum anderen hat der Betriebsrat auf dem wohl parallelen Gebiet

---

43 S.o. S. 285 mit Fn. 36.

der betrieblichen Berufsbildung ein Initiativrecht:[44] Gem. § 98 II BetrVG kann er der Bestellung einer mit der Durchführung der betrieblichen Berufsbildung beauftragten Person widersprechen oder ihre Abberufung verlangen, wenn diese die persönliche Eignung i.S.d. Berufsbildungsgesetzes nicht besitzt oder ihre Aufgaben vernachlässigt.
Man wird davon ausgehen können, daß betriebliche Berufsbildung und Arbeitssicherheit gleichrangig sind, so daß bei vergleichbarer Sachlage Gleichregelungen sachgerecht erscheinen.

2. Konstruktion des Initiativrechts zur Bestellung und Abberufung

Demzufolge ist eine klarstellende Vorschrift erforderlich, die das Initiativrecht des Betriebsrats zur Abberufung unfähiger Betriebsärzte und Sicherheitsfachkräfte herausstellt. Sie müßte auch auf die Bestellung dieser Personen bezogen werden, weil die vom Betriebsrat initiierte Abberufung mit der (Neu-)Bestellung zwangsläufig verbunden ist.
Dagegen muß eine bloße Verselbständigung des zweiten Halbsatzes des § 9 III 2 ArbSichG[45] ausscheiden: Die sonst selbständige und systematisch auch § 9 III 1 (Bestellung und Abberufung) erfassende Verweisung auf §§ 87, 76 BetrVG würde leerlaufen, weil sich das Mitbestimmungsrecht gem. § 87 BetrVG nur auf generelle Regelungen durch Betriebsvereinbarung und auf allgemeine Maßnahmen im Rahmen des Direktionsrechtes in der Form der Regelungsabrede und der formlosen betrieblichen Einigung[46] bezieht.

---

44 Das Berufsbildungsgesetz vom 14.8.1969 schreibt die Bestellung von Ausbildungspersonal nicht vor, ferner nicht die Abberufung solcher Fachleute. Daraus folgt die Notwendigkeit, im BetrVG ein Initiativrecht zu verankern. Das ArbSichG dagegen zwingt zur Bestellung entsprechenden Fachpersonals. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte es ein Initiativrecht des Betriebsrats (zur Abberufung des entsprechenden Fachpersonals) begründen, um dessen Rechtsposition ebenfalls zu verstärken, begründet dies aber nicht.

45 "... im übrigen gilt § 84 in Verbindung mit § 76 des Betriebsverfassungsgesetzes".

46 Vgl. hierzu Neumann-Duesberg, Lehrbuch 29. Kap. III 1 A a), S. 412 f.

Die Organisationsakte der Bestellung und Abberufung könnten somit nicht erfaßt werden.
In Anlehnung an § 98 II BetrVG würde der folgende Text den erwarteten Regelungsinhalt zusammenfassen:

> "Der Betriebsrat kann die Bestellung von Betriebsärzten und Fachkräften für Arbeitssicherheit verlangen; ihre Abberufung kann er verlangen, wenn diese die persönliche oder fachliche, insbesondere die nach den §§ 4 und 7 des (ArbSichG) vorgeschriebene Eignung nicht mehr besitzen oder ihre Aufgaben vernachlässigen."

Nachdem die Bedeutung der Verweisung in § 9 III 2 zweiter Halbsatz ArbSichG feststeht, kann dieser Formulierungsvorschlag das Initiativrecht als § 9 III 3 (Satz 3 der gegenwärtigen Fassung wird Satz 4) verdeutlichen.

3. Sicherung des Initiativrechts zur Abberufung von Betriebsärzten und Fachkräften für Arbeitssicherheit

Ferner wird - um die Effektivität dieser Rechtsposition zu sichern - für einen Streitfall die Entscheidung einer neutralen Instanz vorgesehen werden müssen. Dabei ist zu bedenken, daß es sich bei der Abberufung letztlich um eine Individualmaßnahme handelt, die Gegenstand einer Rechtsstreitigkeit ist. Bei einer Abberufung geht es um die Frage, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, den mangelhaft arbeitenden Betriebsarzt oder Fachmann für Arbeitssicherheit abzuberufen, nicht darum, ob dies zweckmäßig ist.[47] Deshalb kann die Einigungsstelle über die Abberufung nicht entscheiden; es ist die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts begründet, das im Beschlußverfahren entscheidet.
Insofern bilden sich im § 9 III ArbSichG bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zwei verschiedene Ebenen:
Bezüglich der Aufgabenänderung verbleibt es bei der gegenwärtigen Regelung, so daß das Initiativrecht des Betriebsrats gem. § 87 begründet und ggf. die Einigungsstelle (§ 76 BetrVG)

---

47 Neumann-Duesberg, Lehrbuch 30. Kap. IV 2 D, S.451.

anrufbar ist. Hier würde sich nämlich der Streit darum drehen, ob es zweckmäßig ist, in welchem Umfange der Aufgabenkreis des Arbeitssicherheitspersonals zu verändern ist.
Hinsichtlich der Abberufung[48] von Fachpersonal ist aus dem genannten Grunde die richterliche Entscheidung erforderlich.
Die Effektivität des Initiativrechts des Betriebsrats zur Abberufung wird in dem parallelen Ausgangsbereich der betrieblichen Berufsbildung durch § 98 V BetrVG gewährleistet. Danach kann der Betriebsrat beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, die Abberufung (des pflichtwidrig handelnden Ausbilders, § 98 II BetrVG) durchzuführen. Da die Konstruktion des Initiativrechts gem. § 98 II BetrVG - betriebliche Berufsbildung - mit der des § 9 III 3 ArbSichG in der hier vorgeschlagenen Fassung - Arbeitssicherheit - parallel verläuft, ist für die Abberufung im Rahmen des ArbSichG die in § 98 V BetrVG eingebaute Sicherung sachgerecht und als Vorbild übernehmbar.
Daher erfaßt der folgende Textentwurf -parallel zu § 98 V BetrVG -[49] diese Situation:

> "Kommt im Falle des Abs. III Satz 3 eine Einigung nicht zustande, so kann der Betriebsrat beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, die Abberufung durchzuführen. Führt der Arbeitgeber die Abberufung einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung zuwider nicht durch, so ist auf Antrag des Betriebsrats vom Arbeitsgericht zu erkennen, daß der Arbeitgeber zur Abberufung durch Geldstrafe anzuhalten sei; das Höchstmaß der Geldstrafe beträgt für jeden Tag der Zuwiderhandlung 500 Deutsche Mark."

---

48 Die Bestellung kann aus dem hier zu entwickelnden förmlichen Verfahren ausscheiden, weil nach dem ArbSichG ein pflichtwidriges Verhalten des Arbeitgebers (Unterlassung der Bestellung) als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann. Sollte der Arbeitgeber einen von vornherein nicht oder nur mangelhaft qualifizierten Betriebsarzt oder Fachmann für Arbeitssicherheit bestellen, so kann der Betriebsrat das förmliche Verfahren der Abberufung beschreiten, ggf. seine Zustimmung zur Bestellung verweigern.

49 Vgl. hierzu oben S. 285 mit Fn. 39 und S. 288 mit Fn. 43.

L e b e n s l a u f

Am 4. September 1941 wurde ich als Sohn des kaufmännischen Angestellten Karl Bührig und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Koine in Braunschweig geboren.
Nach dem Besuch der Volksschule und der Hoffmann-von-Fallersleben-Schule in Braunschweig, die ich im Frühjahr 1958 mit der Mittleren Reife verließ, begann ich am 1. April 1958 die Berufsausbildung bei der Stadt Braunschweig. Ich schloß sie im Juni 1963 mit Bestehen der Laufbahnprüfung für den gehobenen allgemeinen Verwaltungsdienst ab. Danach war ich bei der Stadt Braunschweig beruflich tätig, zuletzt vom 30. Dezember 1966 bis 16. Februar 1969 als Stadtoberinspektor.
Parallel hierzu besuchte ich von Ostern 1964 bis Ostern 1967 in Braunschweig die Verwaltungsakademie, legte im Juni 1967 die Verwaltungs-Diplom-Prüfung ab und erwarb im November 1967 die fachgebundene Hochschulreife.
Vom Wintersemester 1968/69 an studierte ich an der Universität Göttingen Rechtswissenschaft und schloß das Studium am 26. Februar 1973 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Celle mit der ersten juristischen Staatsprüfung ab.
Vom 16. April 1973 bis 30. April 1974 war ich am Institut für Sozialpolitik und Sozialrecht - Abteilung Sozialrecht - der Universität Göttingen, Direktor Professor Dr. Neumann-Duesberg, als wissenschaftliche Hilfskraft und im Anschluß hieran bis zum 15. Mai 1974 dort als Verwalter der Stelle des wissenschaftlichen Assistenten beschäftigt. Mit Wirkung vom 16. Mai 1974 wurde ich dann unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Widerruf zum wissenschaftlichen Assistenten ernannt; diese Stelle hatte ich bis zum 31. Oktober 1975 inne.
Am 2. November 1975 habe ich den juristischen Vorbereitungsdienst im Bereich des Oberlandesgerichts Braunschweig angetreten.